



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

**Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais -
FAJS**

ALINE DA SILVA RAMOS

**MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS E SEUS LIMITES: UM ESTUDO
DAS CONSTRUÇÕES DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA**

BRASÍLIA

2014

ALINE DA SILVA RAMOS

**MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS E SEUS LIMITES: UM ESTUDO
DAS CONSTRUÇÕES DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA**

Monografia apresentada junto à
Faculdade de Ciências Jurídicas e de
Ciências Sociais – FAJS – como requisito
parcial para a obtenção da conclusão do
curso de Bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Larissa Maria Melo Souza

BRASÍLIA

2014

ALINE DA SILVA RAMOS

**MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS E SEUS LIMITES: UM ESTUDO
DAS CONSTRUÇÕES DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA**

Monografia apresentada junto à
Faculdade de Ciências Jurídicas e de
Ciências Sociais – FAJS – como requisito
parcial para a obtenção da conclusão do
curso de Bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Larissa Maria Melo Souza

Brasília, ____ de _____ de 2014.

Banca Examinadora

Larissa Maria Melo Souza

Gabriel Haddad

Georges Seigneur

RESUMO

Este trabalho monográfico tem como objetivo o estudo da mutação constitucional, que é uma alteração informal da Constituição, sem que seu texto escrito seja alterado. O Supremo, como guardião da Constituição, tem papel preponderante no assunto, sobretudo pela competência que lhe cabe de exercer controles de constitucionalidade. O presente tema tem como problemática os limites na atuação do STF ao realizar tal fenômeno. Primeiramente, veremos seus conceitos e a relação que existe entre mutação constitucional e inércia legislativa, além dos embates que surgem entre o STF e o Congresso Nacional por conta disso. E, ainda, sua relação com a segurança jurídica e com a necessidade de atualizar a Constituição. Em seguida, falaremos sobre a separação dos poderes, bem como a competência do STF para realizar controle de constitucionalidade. Por fim, abordaremos, como parte fundamental do trabalho, os limites à atuação da Suprema Corte ao realizar esse fenômeno, bem como as discussões que giram em torno do assunto, quais sejam, por exemplo, a questão da (i)legitimidade, inclusive democrática, do STF para realizar alterações, ainda que informais, no texto constitucional e a possível ofensa a separação dos poderes quando atua de modo ativista. Foram utilizados diversos estudiosos do assunto, de modo a criar a base necessária para a compreensão das principais discussões sobre o tema, bem como para a conclusão de que devem existir limites à atuação do STF, mas que a realização de mutações, ainda que de modo mais concretista, não deixa de ser uma forma de proteção da Constituição.

Palavras-chave: Mutações Constitucionais. Supremo Tribunal Federal. Limites à Mutações Constitucionais. Omissões legislativas.

SUMÁRIO

INTODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1	9
1.1 A Mutação Constitucional.....	9
1.2 As omissões legislativas e a mutação constitucional	12
1.3 Segurança jurídica e evolução constitucional.....	16
CAPÍTULO 2.....	20
2.1 A Separação dos poderes	20
2.2 O Controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal	23
2.3 A relação do controle de constitucionalidade e da separação dos poderes com os limites da mutação constitucional.....	28
CAPÍTULO 3.....	30
3.1 Limites da mutação constitucional.....	30
3.2 Estudo de casos.....	36
3.2.1 Reclamação nº 4335-5: a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo STF	37
3.2.2 ADPF nº 132: União estável nas relações homoafetivas	42
3.2.3 Mandados de Injunção 712 e 670: o direito de greve dos servidores públicos	44
3.3 Considerações finais	47
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

O ordenamento constitucional prevê expressamente a possibilidade de reformas e revisões constitucionais formais. Todavia, não estabelece, de forma expressa, a mutação constitucional, de modo que seu conceito é fornecido pela doutrina e pelos próprios julgadores. Em suma, trata-se de um fenômeno que altera, de modo informal, a Constituição, mas sem que seu texto escrito seja modificado.

O Supremo Tribunal Federal – STF possui papel preponderante no tema, pois é ele o responsável pela guarda da Constituição. É por meio de seus julgados que ocorrem diversas mutações constitucionais de relevância, uma vez que o fenômeno também ocorre pela interpretação que os membros do STF dão às normas constitucionais.

São inúmeras as discussões acerca dos limites da mutação constitucional e da atuação do STF ao realizá-las, de modo que há posicionamentos divergentes na doutrina acerca do assunto, como será visto no presente trabalho.

Inicialmente, falaremos da mutação constitucional em si, de seus conceitos e desdobramentos, de modo a proporcionar uma maior compreensão sobre o fenômeno.

Também no primeiro capítulo, veremos que um dos argumentos que justificam a realização de mutações constitucionais decorre da alegada necessidade de suprir inércias e omissões legislativas. Mas, em razão disso, surgem embates entre o STF e o Congresso Nacional, principalmente quando a Suprema Corte atua de forma mais ativista.

Veremos, ainda no capítulo inicial, a relação existente entre mutação constitucional e a necessidade de se realizar uma evolução da norma constitucional. Neste ponto, verificaremos a sua relação também com a segurança jurídica da sociedade.

No segundo capítulo, em razão da relevância para a problemática do tema, faz-se necessária uma explanação acerca da teoria da separação dos poderes, de modo a demonstrar que um poder não pode tomar para si a

competência de outro, mas que, de todo modo, existe o sistema de freios e contrapesos, em que um poder “controla” o outro.

Ainda neste momento, verificaremos como é feito o controle de constitucionalidade pelo STF, bem como as ações utilizadas para tanto, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade (controle abstrato) e Mandado de injunção (controle difuso), entre outras ações. A relevância desse estudo decorre do fato de que a realização de mutações constitucionais ocorre no momento em que o Supremo julga essas ações. Além disso, é no exercício do controle de constitucionalidade que o STF, recentemente, tem adotado uma posição mais concretista.

No terceiro e último capítulo, se apresentará a abordagem principal do tema, nele veremos que, o Supremo tem realizado diversas mutações constitucionais e tem tido cada vez mais uma atuação ativa na sociedade brasileira, razão pela qual se faz necessária a imposição de limites à sua atuação.

Veremos aqui que, diversas são as discussões que giram em torno desse assunto, a citar, por exemplo, a questão da (i)legitimidade, inclusive democrática, da Corte para realizar alterações, ainda que informais, no texto constitucional e a possível ofensa a separação dos poderes quando atua de modo a adentrar em competência, que a princípio, caberia somente ao Legislativo.

Complementando esse estudo, faremos a análise de alguns julgados em que se verifica a realização da mutação constitucional que se deu de maneira a causar diversos debates sobre a atuação do STF nos respectivos casos.

Procuraremos saber, então, qual o limite de atuação do Supremo ao realizar uma mutação constitucional e se ele poderá agir de modo concretista.

O tema é de extrema relevância para a sociedade como um todo, uma vez que se encontra em debate a interpretação de seus direitos e anseios frente às situações sociais atuais. E, por se tratar de norma hierarquicamente superior às demais e pelo fato de o Direito Constitucional ser a base de todo o ordenamento jurídico, o estudo acerca das mutações constitucionais se mostra de extrema relevância também para os estudiosos e praticantes do universo jurídico.

Assim, não há dúvidas da necessidade de existirem limites à atuação do STF, todavia, o que o presente trabalho aborda é a discussão sobre quais são esses limites, uma vez que há entendimentos contrários e outros favoráveis a uma atuação mais incisiva e ativista do STF na realização da mutação constitucional.

CAPÍTULO 1

O texto constitucional prevê expressamente a possibilidade de reformas e revisões constitucionais¹. Mas não estabelece, de forma expressa, a mutação constitucional, o que faz com que seu conceito seja dado pela doutrina e pelos próprios julgadores.

Ainda, podemos verificar que a mutação Constitucional é feita, diversas vezes, sob o fundamento de suprir inércias e omissões do poder Legislativo, uma vez que caberia a este regulamentar certos direitos ou legislar acerca de novas situações que surgem de acordo com a evolução da sociedade, situações estas que merecem previsão no ordenamento. Em razão disso, podem surgir embates entre o STF e o Congresso Nacional, principalmente na atuação de forma mais ativista pela Suprema Corte.

Além disso, a mutação constitucional também nos remete à ligação entre a necessidade de preservar a segurança jurídica e a necessidade de adequar o direito à evolução social, uma vez que o ordenamento jurídico não pode ser instável, mas também não pode ficar estagnado no tempo².

Assim, na análise desse fenômeno constitucional, essas questões serão vistas a seguir.

1.1 A Mutação Constitucional

A Constituição norteia o ordenamento jurídico, localizando-se no topo da pirâmide normativa e servindo de fonte para as normas inferiores³. É certo que a Carta Magna é o regulamento jurídico fundamental de uma sociedade e organiza os elementos essenciais do Estado⁴. Ela deve ser dotada de uma

¹ Exemplo disso é o que se verifica no art. 60 da Constituição Federal, o qual prevê a possibilidade de Emendas Constitucionais.

² BRITO, Ricardo; COLETTA, Ricardo Dela; ÁLVARES, Débora. **Briga entre Poderes esquenta e Renan contesta 'invasão' do STF no Legislativo**. Jornal Estadão. Publicado em 26/04/2013. Disponibilizado em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,briga-entre-poderes-esquenta-e-renan-contesta-invasao-do-stf-no-legislativo,1025622,0.htm>> Acesso em: 27/03/2014

³ JESUS, Noel Antônio Tavares de. O Processo de Concretização Constitucional: limites e possibilidades. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 13, n. 50, ano 13, jan.-mar./2005. p. 201.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. Editora Malheiros. 2005. p. 38.

estabilidade indispensável à segurança jurídica, porém, essa estabilidade não pode ser confundida com uma imutabilidade de suas normas⁵.

Sabe-se que a sociedade e seus valores mudam constantemente. Com isso, o direito não pode ser indiferente ao modelo de sociedade atual⁶, devendo ser instrumento de transformação social⁷. Algumas dessas mudanças podem ocorrer a nível de Constituição e, ainda, por meio do que se chama de mutações constitucionais.

José Afonso da Silva define mutação constitucional como sendo “mudanças não-formais que se operam no correr da história de uma Constituição, sem alterar o enunciado formal, sem mudar a letra do texto”⁸. Assim, tem-se por mutação constitucional a mudança feita de maneira informal, havendo uma alteração na norma constitucional, mas não na letra da Constituição. E como há uma permanência do texto constitucional apesar da mudança na norma, pode-se concluir que norma e texto normativo não são sinônimos⁹. A norma é o que se pode entender como sendo mais ampla que o texto, é o resultado do processo de interpretação da letra sendo aplicada ao caso atual¹⁰.

Enquanto o processo formal e expresso de mudança da constituição é realizado pelo Legislativo através de emendas constitucionais, no caso das mutações constitucionais basta a análise jurisdicional de um processo para que o STF possa modificar o entendimento de parte da constituição. Ao dar novo entendimento à norma, a Suprema Corte realiza uma alteração na Constituição, por isso, pode-se dizer que, indiretamente, exerceu-se um poder constituinte derivado¹¹.

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. Editora Malheiros. 2005.

⁶ BONAVIDES, Paulo. O direito constitucional e o momento político. **Revista de Informação Legislativa**, n. 81, ano 21, p. 217-230, jan./mar. 1984

⁷ TERRIN, Kátia A. Pastori. Implicações filosóficas da Teoria contemporânea do direito: uma análise da aproximação entre teoria e filosofia do direito com vistas a construção do Estado democrático. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 4, n. 3, set./dez. 2009. p. 118/119

⁸ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.280

⁹ PEDRA, Adriano Sant’Ana. Mutação Constitucional e Teoria da Concretização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v.74, ano 19, jan.-mar./2011. p. 16

¹⁰ PEDRA, Adriano Sant’Ana. Mutação Constitucional e Teoria da Concretização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v.74, ano 19, jan.-mar./2011. p. 16

¹¹ SOARES. João Batista Berthier Leite. Intérpretes da Constituição. **Revista da EMERJ**, v.5, n.17, p. 154-173, 2002. p. 167

Certamente, para a mutação constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem papel de grande importância, pois é ele o responsável pela guarda da Constituição¹². É por meio de seus julgados¹³ que ocorre a alteração informal. Ou seja, a mutação ocorre pela interpretação que os membros do STF dão às normas constitucionais¹⁴. E, por se tratar de um tribunal que tem sua estrutura alterada diversas vezes, a mutação se ocorre, também, na medida em que novos ministros com entendimentos diferentes entram na Corte.

Cumprido registrar, ainda, que há várias espécies de mutação constitucional, como afirma Uadi Lâmega Bulos:

“[...] o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Lex Legum, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e costumes constitucionais”¹⁵

Assim, a mutação pode ocorrer por interpretação, por construção ou por usos e costumes. Todavia, dentre essas espécies (interpretação, construção, usos e costumes), a principal é a que ocorre como forma de interpretação, a qual proporciona ao texto constitucional novos sentidos.

Por mutação, leva-se em consideração que deve existir uma inovação e não apenas se prender na busca da intenção de quem elaborou o texto, mas sem desprezar o caráter rígido da Constituição.

Assim, mutação constitucional é forma de hermenêutica, na qual se configura em alteração do entendimento de determinada norma constitucional, realizando, com isso, uma modificação informal do texto, mantendo-se sua escrita.

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988): Art. 102: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”.

¹³ Haja vista que o Poder Judiciário somente atua mediante provocação (salvo pouquíssimas exceções). Confira-se art. 2º, Código de Processo Civil: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”.

¹⁴ MENAGED, Marcelo. O Fenômeno e as Formas de Controle de Constitucionalidade das Leis. Curso de Controle de Constitucionalidade. Controle de constitucionalidade: fundamentos teóricos e jurisprudenciais segundo magistrados do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: **Revista da EMERJ**, p.168-183. 2011. p. 170.

¹⁵ BULOS, Uadi Lâmega. **Mutação Constitucional**. São Paulo. Saraiva, 1997. p. 54

1.2 As omissões legislativas e a mutação constitucional

Dentre as justificativas para a realização da mutação constitucional está a de que o Legislativo, por vezes, é inerte, omitindo-se em elaborar ou regulamentar normas necessárias.

Algumas vezes ocorre, de uma norma constitucional – por exemplo, normas de eficácia limitada¹⁶ – demandar a criação de outra norma jurídica com o objetivo de implementá-la e dar a ela total aplicabilidade, sendo necessária, portanto, a elaboração de norma ulterior¹⁷. Ademais, é por meio do Poder Legislativo que devem iniciar as transformações para reger nossa sociedade nas questões que ainda não foram normatizadas¹⁸.

Todavia, em razão da inércia do Legislativo em regulamentar algumas situações, o STF tem assumido uma posição ativista, indo além do simples julgamento de constitucionalidade, avançando para uma atuação de “legislador” no caso concreto que necessita de solução¹⁹, solução esta não dada pelo Legislativo.

Para que seja possível verificar o quadro de inércia do Legislativo, faz-se necessário mencionar as estáticas trazidas pelo jornal O Globo²⁰, nos quais é possível verificar que existiam, à época da publicação da matéria, cerca de 30 (trinta) mil projetos em tramitação no Congresso Nacional. Segundo o cálculo disponibilizado pelo referido jornal, levaria, aproximadamente, 1 (um) século para que todos os projetos fossem votados.

Com isso, é cada vez mais frequente a discussão sobre a atuação do Judiciário nos casos das omissões legislativas. Por um lado, o Poder Judiciário

¹⁶ Normas de eficácia limitada são as que possuem uma aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, pois dependem de uma normatividade ulterior que lhe desenvolva a aplicabilidade. Confira-se, SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. Editora Revista dos Tribunais, 3. ed. São Paulo. 1998. p. 89-91.

¹⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. Atlas, 13. ed., São Paulo, 2003. p. 41

¹⁸ RODOVALHO, Alessandra Tomaz. Epistemologia e evolução do sistema jurídico brasileiro. **Communitas Revista de Direito**, Uberlândia, v. 3, n. 5, 2012: 65-79. p. 66

¹⁹ RODOVALHO, Alessandra Tomaz. Epistemologia e evolução do sistema jurídico brasileiro. **Communitas Revista de Direito**, Uberlândia, v. 3, n. 5, 2012: 65-79. p. 66/67

²⁰ CASADO, José. Um século para votar os 30 mil projetos em tramitação. **O Globo**. Blog do Noblat. Dia: 15/05/2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2011/05/15/um-seculo-para-votar-os-30-mil-projetos-em-tramitacao-380137.asp>> Acesso em: 20 fev. 2014.

não pode extrapolar e invadir funções do Legislativo²¹, mas por outro, ele deve conferir exequibilidade a direitos constitucionais, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais²².

Como dito anteriormente, o dever de legislar vai além de produzir normas, envolve também a obrigação de regulamentar certos direitos criados pelo constituinte, é uma exigência de ação, eis que somente com essa regulamentação o determinado direito passa a ter exequibilidade. Trata-se dos direitos considerados de eficácia limitada, ou seja, que, embora expressos na Constituição, devem ter sua matéria regulada ou especificada por norma infraconstitucional para que passe do plano de existência e validade para o da eficácia. Em razão de tamanha responsabilidade, o legislador não pode se eximir de agir. Sob essa falta de atuação recai o controle de constitucionalidade por omissão²³.

O controle de constitucionalidade vai além das condutas comissivas, passando a exercer um controle, também, sobre as omissões que vão contra a Constituição²⁴. Ou seja, o controle de constitucionalidade deve recair, inclusive, sobre as omissões legislativas.

A Carta Magna prevê dois institutos para enfrentar a omissão legislativa, quais sejam, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. A primeira tem o objetivo de declarar uma violação negativa ao texto constitucional por parte de quem deveria agir e se omitiu, ou seja, ocorre quando quem se omitiu deixa de agir no sentido de garantir o direito dando exequibilidade a ele, conforme a Constituição tenha determinado que se fizesse²⁵.

²¹ Nesse sentido, por exemplo: RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. Saraiva, 2010.

²² Nesse sentido, por exemplo: RODOVALHO, Alessandra Tomaz. Epistemologia e evolução do sistema jurídico brasileiro. **Communitas Revista de Direito**, Uberlândia, v. 3, n. 5, 2012: 65-79

²³ FREITAS, Candice Hellen Sousa de; SILVA, João Batista de França. O controle jurisdicional da omissão inconstitucional – a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. **Revista Direito e Liberdade**, Mossoró, v. 3, n. 2, p. 109-128, set./2006.

²⁴ FREITAS, Candice Hellen Sousa de; SILVA, João Batista de França. O controle jurisdicional da omissão inconstitucional – a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. **Revista Direito e Liberdade**, Mossoró, v. 3, n. 2, p. 109-128, set./2006.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. O Controle da Constitucionalidade no Brasil. **Revista da Procuradoria-Geral da República**. n. 9, São Paulo, jul./dez.1996.

Já o mandado de injunção visa tutelar direitos fundamentais cujo exercício se tornou inviável devido à falta de norma regulamentadora²⁶.

Assim, a única diferença, a princípio, entre esses dois institutos reside no fato de que no mandado de injunção o controle recai sobre direito subjetivo, concreto, enquanto na ADI por omissão o controle será dado de forma abstrata, que independe de um interesse jurídico específico no processo²⁷. Dessa forma, esses institutos podem ser vistos em conjunto no que diz respeito à eficácia e posicionamento do STF²⁸.

Ao decidir acerca de um mandado de injunção ou ao realizar o controle de constitucionalidade por omissão, a Suprema Corte pode adotar duas posições frente à inércia do Legislativo: a) posição não concretista: a decisão apenas decreta a mora do poder omisso e o notifica, tendo caráter apenas declaratório. b) posição concretista: declara a omissão e implementa o exercício do direito, até que sobrevenha norma do poder competente. Esta se subdivide em concretista geral e concretista individual. Na geral, o efeito será *erga omnes*, o direito será implementado de forma geral até que seja cessada a omissão e abrangerá a todos que se encontrem na mesma situação do impetrante. Na concretista individual, os efeitos serão *inter partes*, aplicando-se a decisão apenas ao autor e pode ser dividida em individual direta – o STF imediatamente dá aplicabilidade ao direito – e individual intermediária, em que o STF fixa um prazo de 120 dias para que seja cessada a omissão e, se ainda assim, a inércia persistir, o próprio Tribunal dá a eficácia do direito²⁹.

Historicamente, predominou o posicionamento não concretista. Todavia, recentemente, a Suprema Corte tem adotado em algumas decisões uma

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora Malheiros. 25. ed., 2005. Pg: 448.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restrito ou limitativo no direito brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. n. 3, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, jan.-mar/2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>> Acesso em: 19 fev. 2014

²⁸ SILVA, Tagore Trajano de Almeida; LANGERHORST, Victor Vendramini. Eficácia concretista das decisões do STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. **Revista de Direito Brasileira**, v. 2, n. 1, p.193-228, 2013. p.209

²⁹ SILVA, Tagore Trajano de Almeida; LANGERHORST, Victor Vendramini. Eficácia Concretista das Decisões do STF em Sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. **Revista de Direito Brasileira**, v. 2, n. 1, p. 193-228, 2013. p. 209/212.

posição concretista que em alguns julgados foi concretista geral, em outros concretista individual³⁰, o que vai além do que a Constituição estabelece de forma expressa no instituto da ADI por omissão, em que determina que o STF apenas deve notificar a omissão ao poder omissor³¹.

Assim, a interpretação dada ao texto constitucional pelo STF e seu recente posicionamento ativista em diversos julgados tem ido, por vezes, de encontro com o que o Legislativo espera. Da mesma forma, em contrapartida, o Congresso Nacional tem procurado agir de maneira a “enfrentar” a Suprema Corte. Assim, tem se tornado frequente os “conflitos” entre os dois poderes.

É possível verificar alguns desses embates em acontecimentos recentes. Por exemplo, a criação da Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011, que veio como uma tentativa do Congresso Nacional em fazer com que as decisões do STF fossem submetidas à apreciação das casas Legislativas³². A referida PEC gerou um conflito entre os Poderes, o qual se verifica, inclusive, no relato do Ministro Gilmar Mendes, que fez a seguinte declaração a respeito da proposta: “se um dia essa emenda vier a ser aprovada, é melhor que se feche o Supremo Tribunal Federal”³³. E, por outro lado, o relator da PEC, Deputado João Campos, afirmou que a medida busca combater o exacerbado ativismo judicial da Constituição, e que “a autocontenção pelos tribunais não tem sido capaz de deter o protagonismo do Poder Judiciário”³⁴.

³⁰ SILVA, Tagore Trajano de Almeida; LANGERHORST, Victor Vendramini. Eficácia concretista das decisões do stf em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. **Revista de Direito Brasileira**, v. 2, n. 1, p. 193-228, 2013. p. 212/215.

³¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Art. 103, § 2.º: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

³² BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011**. EMENTA: “Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição”. [grifou-se] Autor da PEC: Deputado Nazareno Fonteles - PT/PI. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 25 out. 2013.

³³ MATTOS, Marcela. **Mendes: se PEC for aprovada, é melhor fechar o STF**. Revista Veja. Editora Abril. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/politica/justica/mendes-se-pec-for-aprovada-e-melhor-fechar-o-stf/>> Acesso em: 11 out. 2013.

³⁴ Afirmação feita no Parecer da Comissão de Constituição e Justiça – PEC33. Relator: Deputado João Campos. Autor: Nazareno Fonteles. (PRL 1 CCJC – Data de apresentação: 05/10/2013).

Outro caso que gerou diversos debates entre os dois órgãos foi o Projeto de Lei Complementar nº 14/2013 que, em tese, limita o acesso de novas legendas a verbas do fundo partidário e à propaganda na TV³⁵. Dentre as discussões, estava a de que houve interferência indevida de um poder sobre o outro, uma vez que o STF decidiu, em caráter liminar, pela proibição da tramitação do projeto³⁶. O conflito, nesse caso, decorre da possibilidade ou não de o STF fazer um controle de constitucionalidade antes mesmo de o projeto ser concluído pelo Congresso Nacional.

1.3 Segurança jurídica e evolução constitucional

O que justifica, por vezes, a aplicação do fenômeno da mutação constitucional é o fato de que a Constituição, assim como o Direito como um todo, não pode ser estática e ficar paralisada no tempo, sem ser adaptada aos anseios reais da sociedade³⁷.

Além da capacidade de atualizar a norma constitucional, o fenômeno da mutação também pode ser relacionado à segurança jurídica, no sentido de que não se pode permitir que sejam feitas constantes alterações de interpretação sobre um mesmo ponto. Mas, por outro lado, a relação desse fenômeno com o referido princípio também decorre da sua capacidade de proporcionar maior confiança da sociedade no Estado (em seu sentido amplo).

Disponível em
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?idProposicao=503667> Acesso em: 25 out. 2013.

³⁵ BRASIL. **Projeto de Lei Complementar nº 14/2013**. EMENTA: “Dispõe que, para efeito da distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão, serão somados exclusivamente os votos dos partidos fundidos ou incorporados obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados. Estabelece que 95% do total do Fundo Partidário serão distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados. Define que, para efeito da distribuição dos recursos do Fundo Partidário e dos horários reservados à propaganda eleitoral, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6º, do art. 29, da Lei 9.096/1995”. Autor da PEC: Deputado Edinho Araújo- PMDB/SP.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 32033**. Impetrado por: Senador Rodrigo Sobral Rollemberg. Relator: Min. Gilmar Mendes. Decisão: “defiro o pedido de liminar para suspender a tramitação do PLC 14/2013, até o julgamento de mérito do presente mandado de segurança”. Data: 24/04/2013. DJe-079 DIVULG 26/04/2013 PUBLIC 29/04/2013. [grifou-se].

³⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 6.

O princípio da segurança jurídica está diretamente relacionado ao Estado de Direito³⁸, o que o torna um princípio essencial, além de protetor das relações como um todo.

Ao tratar-se de mutações constitucionais, a segurança jurídica está presente no caráter rígido dado à Constituição, de forma a garantir a proteção da confiança, pois, como bem afirmou Canotilho:

"Os indivíduos têm o direito de poder contar com o fato de que aos seus atos ou às decisões públicas concernentes a seus direitos, posições ou relações jurídicas fundadas sobre normas jurídicas válidas e em vigor, se vinculem os efeitos previstos e assinados por estas mesmas normas"³⁹.

O Judiciário, sobretudo o STF, deve agir de modo a primar pelo respeito aos precedentes para que não haja uma ofensa à segurança jurídica⁴⁰. Noutras palavras, a jurisprudência não pode ser inconstante, de tal forma a trazer instabilidade nas relações.

Todavia, por outro lado, o fenômeno da mutação tem a capacidade de proporcionar uma maior segurança jurídica à sociedade, já que é forma de dar exequibilidade a direitos fundamentais e proporcionar soluções aos casos concretos.

Ademais, o Supremo, visando a garantia da segurança jurídica, pode realizar a modulação dos efeitos de suas decisões, de modo a evitar que os efeitos de seus julgados retroajam a situações anteriores já consolidadas⁴¹.

Acerca da evolução constitucional, cumpre registrar que esta se mostra necessária aos sistemas constitucionais que pretendem acompanhar a realidade social, sem, contudo, perder o caráter supremo da norma⁴².

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. Saraiva, 2 ed. rev. e atual., São Paulo, 2008. p. 487

³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Livraria Almedina, 3.ed., Coimbra, 1998. p. 250

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista [Syn]Thesis**. Rio de Janeiro. vol.5. n. 1. 2012.

⁴¹ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil**: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. 139 p. – Série temas de interesse do Legislativo ; n. 24. p. 72.

⁴² LIMA, Iara Menezes; LANÇA, João André Alves. **Contribuições da metódica estruturante para os Limites da mutação constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Editora FUNJAB. Florianópolis 2012. p. 110.

A Constituição deve estar inserida no contexto social, sendo a própria sociedade responsável por dar margem às suas atualizações. Seu campo jurídico “deve, necessariamente, estar envolvido e impregnado pela realidade social que o abrande e circunscreve. De outra via, esta mesma realidade social exige transformações inadiáveis no campo jurídico, com reflexos no texto constitucional”⁴³.

Pode-se dizer que o sucesso dos ordenamentos constitucionais depende da correta relação e coordenação da rigidez e da mutabilidade da norma, sendo a mutação constitucional um dos meios capazes de garantir a preservação do caráter normativo, enquanto cumpre a necessária atualização e evolução constitucional⁴⁴.

Essa evolução decorre do fato de a Constituição ser um organismo vivo, que deve estar em constante mudança. Nos dizeres de Uadi Lâmega:

“O subsistema normativo do direito constitucional logra, pois, a índole prospectiva, em constante modificação, para acompanhar o dinamismo da vida. O constituinte por mais arguto que seja não consegue reduzir os comandos normativos às necessidades do momento, emitindo prescrições normativas para disciplinar a unanimidade das situações”⁴⁵.

Ou seja, o poder constituinte não consegue prever todas as necessidades sociais e, ainda que conseguisse, estas se encontrariam desatualizadas em pouco tempo, devido a evolução social constante. Dessa forma, a alteração informal da constituição é medida necessária para atualizar a norma constitucional à evolução social.

Pode-se concluir que, além da capacidade de adequar à Constituição à realidade social, esse fenômeno também respeita o princípio da segurança jurídica e somente será contrária se ela, assim como qualquer fenômeno jurídico, deixar de respeitar a proteção da confiança nas relações jurídicas. Fora isso, as mutações constitucionais são vistas, inclusive, como auxiliadoras da força

⁴³ MELO, Carlos Antonio de Almeida. A arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o horizonte interpretativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, p. 105-135, 2001, p.123

⁴⁴ LIMA, Iara Menezes. LANÇA, João André Alves. **Contribuições da metódica estruturante para os Limites da mutação constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Editora FUNJAB. Florianópolis 2012. p. 111.

⁴⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 6.

normativa⁴⁶, podendo, até mesmo, proporcionar à sociedade uma maior confiabilidade no Estado, uma vez que tem a capacidade de conceder soluções aos casos concretos.

⁴⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. O Novo Constitucionalismo e a Interpretação Constitucional. **Revista de Direito Público**. Doutrina Brasileira. n. 12, p.48-73, abr.-Jun./2006. p. 73.

CAPÍTULO 2

Para que se verifiquem corretamente os limites da mutação constitucional, faz-se necessário um breve estudo sobre separação dos poderes e sobre o controle de constitucionalidade feito pelo STF. Como será vista no próximo capítulo, a discussão acerca dos limites da mutação constitucional envolve, entre outros assuntos, a possível ofensa ao princípio da separação dos poderes, bem como a eventual extrapolação da competência ao realizar o controle de constitucionalidade. Dessa forma, é importante uma explanação acerca desses dois temas.

2.1 A Separação dos poderes

A questão da separação dos poderes é tratada e estudada ao longo da história por diversos pensadores e juristas, dentre os quais podemos citar Platão, Maquiavel, Locke, Montesquieu, entre outros. Esse caminho nos trouxe ao modelo tripartite que conhecemos hoje, tornando-se, inclusive, um princípio constitucional⁴⁷.

Esse princípio, por conta de sua grande importância para a manutenção do Estado de Direito, foi elevado ao status de cláusula pétrea, não podendo ser objeto de reformas ou emendas que tentem excluí-lo da Constituição⁴⁸.

A ideia de separação de poderes surgiu com o objetivo de evitar uma tirania e nasceu “da confluência histórica da política prática, das disputas entre grupos humanos, e da reflexão sobre essa prática tendo em vista aperfeiçoá-la ou modificá-la⁴⁹”.

Diversos foram os pensadores acerca desse tema, todavia Locke e Montesquieu são dois dos principais e serviram de base para o desenvolvimento da ideia de separação de poderes atual. Ambos acreditavam que a “institucionalidade

⁴⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. Saraiva, 2 ed. rev. e atual., São Paulo, 2008. p. 145

⁴⁹ GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**, n. 17, p.75-106, nov./2001. p. 77

do Estado deve ser tal que haja instâncias em que o exercício da autoridade deva ser distanciado ou desvinculado do emprego da força⁵⁰.

De forma sucinta, para Locke o Estado teria funções que se dividem em legislativa, executiva, federativa e prerrogativa, sendo que esta, de certa forma, relaciona-se com o executivo. A primeira dessas funções é responsável por criar as leis, a segunda por executá-las de forma contínua, a terceira com atribuições que dizem respeito às políticas externas em geral e a última responsável pela tomada de decisões em situações excepcionais, em que não tenha sido criada ainda uma lei⁵¹.

Para Montesquieu os Poderes são divididos de forma tripartida, em que se tem Poder Legislativo – função de elaborar leis; Executivo do Estado – responsável por questões como paz, guerra e segurança; e Executivo *juiz*⁵². Certo é que Montesquieu inovou ao falar em uma separação de poderes de forma autônoma e independente, mas harmônica⁵³.

Sobre a harmonia entre os poderes, deve-se levar em conta que ela não pode ser vista como estimuladora da política da boa confiança, fazendo com que os poderes trabalhem isoladamente para não “atrapalhar” os demais. Pelo contrário, deve significar uma interação eles, para que trabalhem em colaboração uns com os outros, sem que haja uma interferência na competência alheia⁵⁴.

A separação de poderes, tal qual a conhecemos atualmente, relaciona-se diretamente com um Estado democrático de direito⁵⁵. Fala-se em poderes, mas na verdade o poder é uno, o que ocorre é uma separação de funções, nas quais temos a função jurisdicional, a função legislativa e a função administrativa ou executiva.

⁵⁰ CASTRO, Marcus Faro de. Violência, medo e confiança: do governo misto à separação dos poderes. **Revista Forense**. Vol. 382, n. 101, p.157-180, nov.-dez./2005. p. 163

⁵¹ LOCKE, Jonh. **Segundo tratado sobre o governo**. Abril Cultural. São Paulo. p. 82-131.

⁵² MONTESQUIEU. Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Abril Cultural. São Paulo

⁵³ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil**: influência sobre atos *interna corporis* do Congresso Nacional. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. 139 p. – Série temas de interesse do Legislativo ; n. 24. p. 30.

⁵⁴ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil**: influência sobre atos *interna corporis* do Congresso Nacional. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. 139 p. – Série temas de interesse do Legislativo ; n. 24. p. 30

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. Saraiva, 2 ed. rev. e atual., São Paulo, 2008. p. 145

A respeito desse poder uno, Antônio Riccitelli entende que se trata de uma divisão formal, não substancial e que o Poder é um só, o que se divide é o exercício das funções realizadas por vários e distintos órgãos⁵⁶. Embora a regra seja de autonomia e separação, há situações em que se evidencia a interferência ou até mesmo a transferência de funções entre os poderes por conta do sistema de freios e contrapesos. Ainda na visão de Riccitelli:

“[...] há claros indícios de interferência e/ou transferência entre os Poderes. Cinge-se a necessidade de evidenciar a autorização constitucional expressa de interferência do Poder Executivo no Legislativo quando, por exemplo, o presidente da República edita Medida Provisória. Verifica-se a hialina usurpação de competência do Poder Executivo legislando, portanto exercendo a principal função que justifica a existência de outro Poder, no caso o legislativo.”⁵⁷

Assim, apesar de prevalecer a regra de harmonia entre os poderes, é certo que suas divisões, bem como sua autonomia são relativas, devendo existir interferências de um poder sobre o outro de forma a garantir um sistema de freios e contrapesos⁵⁸.

O problema pode surgir quando a interferência de um poder sobre o outro ultrapassa os limites permitidos pela Constituição. Em razão do tema do presente trabalho, devemos dar um maior enfoque ao Judiciário, analisando sua interferência frente aos outros poderes e vice versa.

O Poder Judiciário e sua função jurisdicional, diferente do que ocorre no executivo e legislativo – que possuem um entrelaçamento entre eles –, encontra-se, de certo modo, singularizado em relação aos demais Poderes⁵⁹. O Judiciário é responsável por exercer o último controle da atividade estatal, manifestada pela

⁵⁶ RICCITELLI, Antônio. **Direito Constitucional**: teoria do Estado e da Constituição. Editora Manole, 4. ed., Barueri, São Paulo, 2007. p 51

⁵⁷ RICCITELLI, Antônio. **Direito Constitucional**: teoria do Estado e da Constituição. Editora Manole, 4. ed., Barueri, São Paulo. 2007. p.50

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 110

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. Saraiva, 2 ed. rev. e atual., São Paulo, 2008. p. 883

Administração ou pelo Legislativo, razão pela qual deve encontrar-se em total independência dos demais Poderes⁶⁰.

A princípio, não poderia o judiciário realizar uma criação do direito, desconstituindo e substituindo a norma elaborada pelo legislador, sob pena de causar uma ofensa ao princípio da separação dos poderes, uma vez que a criação da lei ou norma é atividade própria dos órgãos de representação política.

Tem aumentado o número de adeptos à criação judicial do direito e do ativismo judicial, tornando-se necessário uma racionalização desse debate⁶¹. Uma das razões desse caráter mais ativista do judiciário, sobretudo do STF, pode ser explicado por conta da crescente crise de legitimidade e representatividade no poder legislativo, levando o STF a agir frente suas omissões e inovando na ordem jurídica⁶².

Entretanto, essa atuação ativista ainda possui muitos críticos⁶³, que acreditam tratar-se, na verdade, de uma excessiva interferência de um poder sobre o outro, de modo a ferir o princípio da separação de poderes. Essas divergências de posicionamento serão visto no último capítulo, juntamente com as demais discussões acerca dos limites da atuação da Suprema Corte. Por ora, fez-se necessário apenas uma breve explanação acerca da separação dos poderes.

2.2 O Controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal

O estudo do controle de constitucionalidade pode ser visto como um catalisador de diversos temas, como, por exemplo, da interpretação constitucional⁶⁴ e, conseqüentemente, da mutação constitucional, razão pela qual se faz necessária a presente explanação.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. Saraiva, 2 ed. rev. e atual., São Paulo, 2008. p. 884

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. Saraiva, 2 ed. rev. e atual., São Paulo, 2008. p.86

⁶² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista [Syn]Thesis**. Rio de Janeiro. vol.5. n. 1. 2012.

⁶³ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutações constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Revista Argumenta**, v. 7, n. 7, p. 45-68, 2007.

⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**. n. 250, p.197-227, Rio de Janeiro, 2009. p. 198.

Primeiramente, acerca do Supremo, cumpre registrar que se trata de tribunal responsável pela mais alta instância do Poder Judiciário⁶⁵. Sua composição é de onze Ministros, nomeados pelo Presidente da República após a escolha do nome ser aprovada pelo Senado Federal por maioria absoluta. Os ministros serão escolhidos dentre cidadãos de notório saber jurídico e reputação ilibada, com idade entre trinta e cinco e sessenta e cinco anos⁶⁶.

Como já visto, a Constituição é norma hierarquicamente superior, todavia, de nada adiantaria sua superioridade se não existisse um mecanismo de controle entre a norma constitucional e às demais normas⁶⁷. Assim, o controle de constitucionalidade tem o objetivo de garantir a superioridade hierárquica da Constituição⁶⁸.

Ainda que a proteção da Constituição Federal seja de responsabilidade também dos Poderes Legislativo⁶⁹ e Executivo⁷⁰, cabe ao Supremo Tribunal, como função precípua, a proteção e guarda da Carta Magna, exercendo, com isso, um papel preponderante no controle de constitucionalidade⁷¹.

Encontra-se em vigor no Brasil o sistema misto de controle de constitucionalidade, misto no sentido de existir tanto o controle concentrado quanto o

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. Saraiva, 2 ed. rev. e atual., São Paulo, 2008. p. 889

⁶⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Art. 101 e parágrafo único: “O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada”. Parágrafo único. “Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”.

⁶⁷ MENAGED, Marcelo. O Fenômeno e as Formas de Controle de Constitucionalidade das Leis. Curso de Controle de Constitucionalidade. Controle de constitucionalidade: fundamentos teóricos e jurisprudenciais segundo magistrados do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: **Revista da EMERJ**, p.168-183, 2011. p. 171.

⁶⁸ MENAGED, Marcelo. O Fenômeno e as Formas de Controle de Constitucionalidade das Leis. Curso de Controle de Constitucionalidade. Controle de constitucionalidade: fundamentos teóricos e jurisprudenciais segundo magistrados do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: **Revista da EMERJ**, p.168-183, 2011. p. 171.

⁶⁹ Exemplo de controle pelo Legislativo: a Constituição Federal, em seu artigo 58, prevê a criação de comissões no Congresso Nacional e em suas Casas. Elas realizarão um controle preventivo de constitucionalidade, na medida em que cabe a essas comissões uma análise da constitucionalidade dos projetos de lei e de emenda à Constituição.

⁷⁰ Exemplo de controle pelo Executivo: O Art. 58 da Constituição Federal determina que o Presidente da República deve prestar o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição. Ao realizar um veto total ou parcial de projeto de lei que entenda ser inconstitucional, o Presidente da República estará realizando um controle prévio de constitucionalidade.

⁷¹ PINTO, Tácito Lívio Maranhão. STF: “...Precipualemente a Guarda da Constituição...”. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 16, 237-316, jul./dez. 2010. p. 238.

controle difuso⁷². Pode-se falar, também, em sistema misto quando parte do controle é exercido por órgãos políticos e outra parte por órgãos do judiciário⁷³, como é o caso da Suíça. Todavia, para esta última forma de classificação de controles, o Brasil não possui sistema misto, e sim, sistema jurisdicional, segundo o qual o controle é feito precipuamente pelo Judiciário⁷⁴, o que não impede que outros poderes também realizem controle de constitucionalidade⁷⁵.

Retornando ao controle difuso e concentrado, tem-se que o primeiro gera efeito somente entre as partes, ou seja, possui efeito *inter partes*, enquanto o segundo provoca efeito *erga omnes*⁷⁶. O controle difuso é aquele feito em um caso concreto e que qualquer órgão do judiciário (inclusive o STF⁷⁷) poderá realizá-lo, de forma a analisar incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo⁷⁸. Ao tratar da ausência de restrição quanto ao tipo de processo para realizar o controle difuso, Gilmar Mendes sustenta que:

“Ao contrário de outros modelos do direito comparado, o sistema brasileiro não reserva a um único tipo de ação ou de recurso a função primordial de proteção de direitos fundamentais, estando a cargo desse mister, principalmente, as ações constitucionais do habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação civil pública e a ação popular”⁷⁹.

⁷² GOMES, Luiz Flávio. **Atuação do STF no controle de constitucionalidade das leis**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br/http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1067575/atuacao-do-stf-no-controle-de-constitucionalidade-das-leis>>. Acesso em: 28 out. 2013.

⁷³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo. Editora Malheiros. 2005. p. 49

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2005. p. 49

⁷⁵ MENAGED, Marcelo. O Fenômeno e as Formas de Controle de Constitucionalidade das Leis. Curso de Controle de Constitucionalidade - Controle de constitucionalidade: fundamentos teóricos e jurisprudenciais segundo magistrados do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: **Revista da EMERJ**, p.168-183, 2011. p. 171.

⁷⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Atuação do STF no controle de constitucionalidade das leis**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br/http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1067575/atuacao-do-stf-no-controle-de-constitucionalidade-das-leis>>. Acesso em: 28 out. 2013.

⁷⁷ MENAGED, Marcelo. O Fenômeno e as Formas de Controle de Constitucionalidade das Leis. Curso de Controle de Constitucionalidade - Controle de constitucionalidade: fundamentos teóricos e jurisprudenciais segundo magistrados do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: **Revista da EMERJ**, p.168-183, 2011. p. 176.

⁷⁸ RAPOPORT, Danielle. Controle Incidental de Constitucionalidade. Curso de Controle de Constitucionalidade - Controle de constitucionalidade: fundamentos teóricos e jurisprudenciais segundo magistrados do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: **Revista da EMERJ**, p.80-84, 2011. p.80.

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. O Controle da Constitucionalidade no Brasil. **Revista da Procuradoria-Geral da República**. n. 9, São Paulo, jul./dez.1996. p. 131

Já o controle concentrado não se limita a um caso concreto, mas sim a uma situação abstrata e hipotética, na qual haja confronto do texto normativo com a Constituição⁸⁰. Ocorre perante o STF via Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ou, ainda, Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão⁸¹.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI – permite o controle das leis e atos normativos em relação à Constituição, de forma a retirá-los do ordenamento jurídico por incompatibilidade com a ordem constitucional⁸². Seu cabimento só é possível frente a normas que se encontram em vigência e que tenham sido editadas após a promulgação da Constituição de 1988⁸³.

O efeito da ADI vincula todo o Poder Judiciário e toda a Administração Pública, não sendo vinculante para o Poder Legislativo⁸⁴ e nem mesmo para o próprio STF⁸⁵. Ou seja, a declaração de inconstitucionalidade atinge a todos (Judiciário e Executivo), exceto o próprio STF e o Poder Legislativo, em razão da harmonia entre os Poderes e da vedação à “fossilização da Constituição”, já que, se o Supremo ficasse vinculado, a CF não teria mais mobilidade⁸⁶.

Cumprir registrar que a ADI terá efeito *ex tunc*, todavia, o Plenário do Supremo pode modular os efeitos da decisão, de forma a torna-la *ex nunc* ou, ainda que *ex tunc*, preservando algumas situações⁸⁷.

⁸⁰ SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004. p.278

⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira. O Controle da Constitucionalidade no Brasil. **Revista da Procuradoria-Geral da República**. n. 9, São Paulo, jul./dez.1996.

⁸² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Atlas, 13. ed., São Paulo, 2003. p. 607

⁸³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Atlas, 13. ed., São Paulo, 2003. p. 607

⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. O Controle da Constitucionalidade no Brasil. **Revista da Procuradoria-Geral da República**. n. 9, São Paulo, jul./dez.1996.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2675/PE**. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ 16/05/2007. PP 00026: “O Tribunal, embora salientando a necessidade de motivação idônea, crítica e consciente para justificar eventual reapreciação de uma questão já tratada pela Corte, concluiu no sentido de admitir o julgamento das ações diretas, por considerar que o efeito vinculante previsto no § 2º do art. 102 da CF não condiciona o próprio STF [...]”. [grifou-se].

⁸⁶ MENAGED, Marcelo. O Fenômeno e as Formas de Controle de Constitucionalidade das Leis. Curso de Controle de Constitucionalidade. Controle de constitucionalidade: fundamentos teóricos e jurisprudenciais segundo magistrados do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: **Revista da EMERJ**, p.168-183, 2011. p. 178.

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. O Controle da Constitucionalidade no Brasil. **Revista da Procuradoria-Geral da República**. n. 9, São Paulo, jul./dez.1996

Acerca da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC, esta possui o objetivo de afastar a insegurança jurídica sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal que esteja sendo constantemente atacado⁸⁸, ou seja, não caberá ADC se inexistir controvérsia ou dúvida relevante quanto à legitimidade da norma⁸⁹. Caso o STF entenda pela validade da norma, irá declarar sua constitucionalidade, evitando novos controles difusos de constitucionalidade sobre essa determinada norma, uma vez que possui efeito vinculante⁹⁰.

Sobre seus efeitos, a decisão do Supremo em sede de ADC terá efeito *ex tunc* e vinculante⁹¹, da mesma forma que ocorre na ADI, inclusive acerca da possibilidade de modulação dos seus efeitos⁹².

Temos ainda a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF –, a qual é cabível em três situações, como esclarece Alexandre de Moraes:

“[...] a lei possibilita a arguição de descumprimento de preceito fundamental em três hipóteses: para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder Público; para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”⁹³.

Ele ainda assevera que a ADPF possui caráter subsidiário, uma vez que só deve ser usada quando não couber qualquer outro mecanismo para sanar a lesividade⁹⁴. Ademais, da mesma forma que ocorre na ADC, a arguição de descumprimento de preceito fundamental também exige a existência de controvérsia

⁸⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Atlas, 13. ed., São Paulo, 2003. p. 635.

⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. O Controle da Constitucionalidade no Brasil. **Revista da Procuradoria-Geral da República**. n. 9, São Paulo, jul./dez.1996

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. O Controle da Constitucionalidade no Brasil. **Revista da Procuradoria-Geral da República**. n. 9, São Paulo, jul./dez.1996

⁹¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Atlas, 13. ed., São Paulo, 2003. p. 640

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira. O Controle da Constitucionalidade no Brasil. **Revista da Procuradoria-Geral da República**. nº 9, São Paulo, jul./dez.1996

⁹³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Atlas, 13. ed., São Paulo, 2003. p. 642.

⁹⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Atlas, 13. ed., São Paulo, 2003. p. 642.

ou dúvida relevante acerca da constitucionalidade da lei ou da legitimidade do ato questionado⁹⁵.

Por fim, a última forma de controle concentrado a ser vista é a ADI por omissão – ADO. Note-se que esse instrumento de controle foi visto brevemente no capítulo anterior, quando do estudo da mutação constitucional frente às omissões legislativas. Todavia, cumpre ressaltar algumas de suas características.

A ADO é a forma de controle que recai sobre as omissões de órgãos competentes para concretizar determinada norma constitucional, causando prejuízo à sua efetividade⁹⁶. Recai principalmente sobre a função legislativa quando esta se omite de forma total ou parcial na realização do dever de legislar ou, ainda, quando realiza o cumprimento, mas de forma incompleta⁹⁷.

2.3 A relação do controle de constitucionalidade e da separação dos poderes com os limites da mutação constitucional

O Supremo tem realizado diversas mutações constitucionais e tem exercido cada vez mais um papel ativo na sociedade brasileira⁹⁸. E é no exercício do controle de constitucionalidade, seja controle difuso ou abstrato, que o Supremo poderá realizar uma mutação constitucional.

Como bem ressalta Luís Roberto Barroso⁹⁹, quase toda questão moral ou politicamente relevante é levada ao pronunciamento do Supremo. Assim, é em sede de controle de constitucionalidade que surgem diversas discussões acerca dos limites do STF. A título de exemplo temos que o Supremo Tribunal Federal tem conferido, em mandado de injunção, efeito erga omnes¹⁰⁰ (quando o legislativo permanece omissa) o que, em regra, não poderia, eis que se trata de um controle de

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. O Controle da Constitucionalidade no Brasil. **Revista da Procuradoria-Geral da República**. n. 9, São Paulo, jul./dez.1996

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. O Controle da Constitucionalidade no Brasil. **Revista da Procuradoria-Geral da República**. n. 9, São Paulo, jul./dez.1996

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. O Controle da Constitucionalidade no Brasil. **Revista da Procuradoria-Geral da República**. n. 9, São Paulo, jul./dez.1996

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista [Syn]Thesis**. Rio de Janeiro. vol.5. n. 1. 2012.

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista [Syn]Thesis**. Rio de Janeiro. vol.5. n. 1. 2012.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 708**. Rel. Min. Gilmar Mendes (DJ 31 out.2008)

constitucionalidade difuso, razão pela qual surgem críticas¹⁰¹ e defesas¹⁰² sobre esse posicionamento.

Do mesmo modo, o princípio da separação de poderes também é alvo de debates no que diz respeito aos limites da atuação do STF ao realizar mutações constitucionais, uma vez que, para alguns¹⁰³, o Supremo estaria a ofender o referido princípio quando atua de forma ativa e, para outros¹⁰⁴, apenas seria uma forma de suprir a inércia legislativa ou de dar exequibilidade a determinado direito que não possui regulamentação.

Essas discussões serão tratadas mais profundamente no próximo capítulo, juntamente com os demais debates acerca da atuação do STF em sede de mutação constitucional, onde veremos alguns estudos de caso e poderemos adentrar nas diversas opiniões sobre seu limite, opiniões essas vindas de juristas, doutrinadores e estudiosos do assunto.

¹⁰¹ Por exemplo: ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007; CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁰² Por exemplo: CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000; MENDES, Cristiano Feitosa. **Ensaio acerca da extensão dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade no supremo tribunal federal**. Disponível em: <www.jfrn.gov.br/docs/doutrina166.doc>.

¹⁰³ Por exemplo: AMARAL, Roberto. O STF como agente de instabilidade jurídica. **Revista Carta Capital**. Publicado em 17/12/2013. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/o-stf-como-agente-de-instabilidade-juridica-8032.html>> Acesso em: 27 mar. 2014; STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais. In: **Direitos Fundamentais Sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 169-213.

¹⁰⁴ Por exemplo: CAPPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais, in **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, Saraiva, n. 3, vol. 2, jan./jun.1961. p. 38 e LEITÃO, Manuela Prado. Omissão Legislativa e o Poder Judiciário: um “Legislador positivo”? BDA: **Boletim de Direito Administrativo**. Vol. 25, n. 11, nov./2009. p. 1268

CAPÍTULO 3

Com efeito, as mutações constitucionais devem sofrer limitações para que não ocorra uma violação ao caráter rígido da Constituição. Mas o que se discute é qual seria esse limite, eis que há entendimentos contrários e outros favoráveis a uma atuação mais incisiva e ativista do STF na realização da mutação constitucional.

Assim, passemos à análise dos limites da mutação constitucional, bem como ao estudo de alguns julgados da Suprema Corte, onde se verifica a presença desse fenômeno.

3.1 Limites da mutação constitucional

Por ser uma Corte Constitucional, cabe ao Supremo interpretar a Constituição de acordo com um contexto atual, podendo criar novos entendimentos que não levam em conta apenas as formas tradicionais de interpretação¹⁰⁵, realizando uma alteração de sentido. Assim, o STF passa a ser o principal causador de mutações constitucionais – alterações informais do texto constitucional.

A questão é que, tendo em vista que nem mesmo o fenômeno da mutação constitucional está previsto expressamente na Constituição, os seus limites também não estarão¹⁰⁶. Desse fato surge a discussão de até que ponto o STF apenas tem buscado atualizar a constituição aos atuais anseios e crenças da sociedade ou se a sua atuação tem se dado em excesso, gerando uma usurpação do poder de legislar e um prejuízo à legitimidade democrática.

Primeiramente, cumpre registrar que, ao contrário do que alguns autores afirmam¹⁰⁷, devem existir limites à mutação constitucional, pois não havendo, corre-se o risco de a Constituição perder sua supremacia normativa¹⁰⁸.

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Renovar, 2 ed. revista e atual, Rio de Janeiro, 2006. p. 331.

¹⁰⁶ PEDRA, Adriano Sant'Ana. As Mutações Constitucionais e o Limite Imposto Pelo Texto Da Constituição: uma análise da experiência latino-americana. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 101, p. 7-36, Belo Horizonte, jul./dez. 2010. p. 8.

¹⁰⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p.191. afirma que "[...] as mudanças informais da Constituição não encontram limites em seu exercício. A única limitação que pode existir - mas de natureza subjetiva, e até mesmo, psicológica - seria a

E vale lembrar que esse poder é dado à Carta Magna em razão dela ser a lei suprema do Estado. Nela encontra-se a estruturação do Estado e de seus órgãos, bem como suas normas fundamentais, tornando-se, com isso, norma superior às demais¹⁰⁹.

Assim, pode-se dizer que a mutação constitucional deve ter como principal limite a própria força normativa do texto constitucional¹¹⁰. Portanto, havendo uma interpretação contrária a qualquer sentido possível dado pela Constituição positivada, não há que se falar em mutação constitucional válida¹¹¹.

Um dos principais problemas dos limites da alteração informal da Constituição surge quando a norma, que é suprema, não expressa ou não abrange a situação real e atual da sociedade. Se, por um lado há a força normativa da Constituição e sua soberania, por outro há a necessidade de adaptar a norma às exigências do bem comum¹¹².

Todavia, o fato de a mutação constitucional ter que se ater aos limites normativos dados pela própria Constituição não a impede de sofrer alterações, ainda que de cunho informal. Ou seja, é certo que sua soberania e rigidez não a impedem de ser norma com caráter elástico, até mesmo, para se adaptar aos anseios sociais¹¹³. Nesse mesmo sentido:

“[...] Mister se faz a compreensão de que uma constituição, se quiser atender aos anseios sociais e estar frente a sua realidade transformadora, não pode ser entendida como imutável, inalterável.[...].

consciência do interprete de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado [...].

¹⁰⁸ PEDRA, Adriano Sant’Ana. As Mutações Constitucionais e o Limite Imposto Pelo Texto Da Constituição: uma análise da experiência latino-americana. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 101, p. 7-36, Belo Horizonte, jul./dez. 2010. p. 7.

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. Editora Malheiros. 2005, p. 44.

¹¹⁰ PEDRA, Adriano Sant’Ana. As Mutações Constitucionais e o Limite Imposto Pelo Texto Da Constituição: uma análise da experiência latino-americana. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 101, p. 7-36, Belo Horizonte, jul./dez. 2010. p. 7.

¹¹¹ LIMA, Iara Menezes. LANÇA, João André Alves. **Contribuições da metódica estruturante para os Limites da mutação constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Editora FUJAB, p. 98-125. Florianópolis 2012. p. 116.

¹¹² TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional** Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1991, p. 152.

¹¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Malheiros, 19. ed., São Paulo, 2006, p. 196.

O caráter atual da constituição reside no fato de esta estar conectada com a altíssima velocidade das transformações sociais. De tal modo que deva apresentar certo grau de elasticidade, a fim de suportar as modificações temporais, frente o surgimento de novos conceitos e valores sociais”¹¹⁴.

Assim, conclui-se que é essa elasticidade do texto constitucional o limite da mutação constitucional, e não o texto escrito propriamente dito¹¹⁵. E, sendo a norma constitucional (vista além da positivação do texto) o principal limite da mutação, é certo que dela decorrem os limites indiretos, sendo os mais debatidos entre os estudiosos do assunto¹¹⁶: o respeito a separação dos poderes ao realizar uma mutação, e a (i)legitimidade, inclusive democrática, do STF para realizar alterações, ainda que informais, no texto constitucional.

Vimos no capítulo anterior como surgiu a separação dos poderes, bem como a sua importância para a preservação da democracia e para a manutenção do estado de direito. Vimos também a competência de cada poder e a necessidade de existir certa interferência de um poder sobre o outro, para garantir o sistema de freios e contrapesos. Tudo que foi visto funciona como base para que possamos entender o porquê da repartição de poderes ser um possível limite a mutação constitucional.

No que tange à separação de poderes, a mutação constitucional é vista, por alguns, como algo negativo, pelo risco de ocorrer um excesso na atuação do Judiciário, criando uma norma que caberia somente ao Legislativo. Para essa linha de entendimento, mesmo que estivesse apenas suprimindo alguma inércia legislativa, a mutação sempre seria algo ruim, pois o Judiciário não poderia tomar para si função que não é sua, devendo resolver o problema da omissão legislativa e não criar normas que caberiam a outro poder¹¹⁷.

¹¹⁴ ARAÚJO, Anarda Pinheiro; SAMPAIO, Jéssyca Figueiredo. O fenômeno da modificação informal da Constituição: a mutação por interpretação Constitucional. **Revista Controle**. Vol., X, n. 2, p. 261-281, Ceará, jul./dez. 2012. p. 264.

¹¹⁵ PEDRA, Adriano Sant’Ana. As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da constituição: uma análise da experiência latino-americana. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 101, p. 7-36, Belo Horizonte, jul./dez. 2010. p. 7

¹¹⁶ Por exemplo: Luís Roberto Barroso; Lênio Streck; Gilmar Mendes.

¹¹⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo : Saraiva, 2010.

Dessa forma, alguns estudiosos¹¹⁸ entendem que a atuação de forma mais ativista do Judiciário causaria uma usurpação do poder de legislar, violando a tripartição de poderes e afetando seu equilíbrio.

No entanto, quem é contrário a esse posicionamento entende que não se trata de uma violação à separação dos poderes, pois alegam que as cortes constitucionais se encontram fora da tripartição de poderes, já que são tribunais responsáveis pelo controle de constitucionalidade da Constituição Federal, e, como tal, devem conduzir as demais funções¹¹⁹.

Ou, ainda, por exemplo, argumentam que dar tamanho valor à jurisprudência é a melhor forma de manter a própria separação de poderes, pois seria uma função imparcial que complementa a atuação legislativa¹²⁰. E, ainda, que seria uma forma, apenas, de deixar a palavra final para os “menos perigosos”¹²¹.

Há, também, quem defenda que o Judiciário, ao agir de forma mais ativista, não estaria criando uma nova norma, e sim dando exequibilidade a um direito pretendido, pois não há propriamente a criação de uma lei, apenas uma decisão com força jurídica de lei e que prevalecerá apenas até que seja elaborada a devida norma pelo Legislativo¹²². Assim, não haveria que se falar em supressão do Poder Legislativo, eis que este, ao se encontrar inerte, faz com que o judiciário atue¹²³.

Por falar em atuação do judiciário em razão da inércia do legislador, pode-se dizer que o Supremo tem como “causa de agir” a imobilidade do Legislativo

¹¹⁸ AMARAL, Roberto. O STF como agente de instabilidade jurídica. **Revista Carta Capital**. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/o-stf-como-agente-de-instabilidade-juridica-8032.html>> Acesso em: 27 mar. 2014; STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais. In: **Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p.169-213.

¹¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais, **Revista de Direito Processual Civil**, Saraiva, ano II, vol. 3, São Paulo, jan.-jun./1961, p. 38.

¹²⁰ OTTO, Ignácio de. **Derecho constitucional**. Barcelona: Ariel, 2007, p. 302/303.

¹²¹ COELHO, Inocêncio Mártires. O Novo Constitucionalismo e a Interpretação Constitucional. **Revista de Direito Público**. Doutrina Brasileira. n. 12., p.48-73., Abr-Jun/2006. p. 70.

¹²² LEITÃO, Manuela Prado. Omissão Legislativa e o Poder Judiciário: um “Legislador positivo”? BDA: **Boletim de Direito Administrativo**. Vol. 25, n. 11, nov./2009. p. 1268

¹²³ LOURENÇO JUNIOR, Artur De Almeida. **Mutação constitucional como realização de defesa da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Trabalho de conclusão de curso – Escola de Direito Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro/ 2011

e possui a legitimidade de cobrar deste poder o cumprimento dos preceitos constitucionais¹²⁴.

Ademais, não se mostra razoável que determinado direito constitucional não possa ser aplicado pelo judiciário por falta de norma que o regule. Como afirma Eros Graus¹²⁵, os direitos previstos na Constituição devem ser concretizados, não podendo ficar a espera da atuação do Legislativo por tempo indeterminado.

Já no que diz respeito ao princípio democrático como limite à realização da mutação constitucional, há o entendimento de que não há legitimidade democrática na atuação do Judiciário para realizar determinadas mutações constitucionais, uma vez que os membros do poder judiciário não foram eleitos para representar o povo e suas vontades, não podendo, assim, substituir o legislador¹²⁶.

Acreditam que os magistrados, por não estarem sujeitos a avaliações populares e por não terem sido eleitos diretamente pela cidadania, não podem ter suas determinações acima da vontade popular¹²⁷.

Por outro lado, há quem afirme que se trata de uma força do poder Judiciário no sentido de auxiliar a lógica democrática e que essa atuação não representaria qualquer incompatibilidade com um regime democrático¹²⁸. Argumentam, que os ministros do STF passam por aprovação do Senado Federal – representantes eleitos do povo – e isso lhes conferiria uma legitimidade democrática indireta¹²⁹.

¹²⁴ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil**: influência sobre atos *interna corporis* do Congresso Nacional. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. 139 p. – Série temas de interesse do Legislativo ; n. 24. p. 16/17

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 721/DF**. Ementa: Mandado de injunção. Natureza. [...]. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 30.08.07. DJ de 30.11.07, p. 28-30.

¹²⁶ MATOS, Daniel Ortiz. A Mutação Constitucional e a Tentativa de Abstrativização do Sistema Concreto de Controle de Constitucionalidade. **C&D Revista Eletrônica da Fainor**, Vitória da Conquista, v.3, n.1, p.108-117, jan./dez. 2010.

¹²⁷ CRITSINELIS, Marcos Falcão. **Políticas Públicas e Normas Jurídicas**. Rio de Janeiro. 2003. Editora: América Jurídica. p. 28.

¹²⁸ MORAES, Alexandre de. Legitimidade da justiça constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 40 n. 159 jul./set. 2003. p. 47-59.

¹²⁹ PETRACIOLI, Rafael da Silveira. Ativismo judicial, democracia e Direito Eleitoral. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 14,n. 2281, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13579>>. Acesso em: 10 set. 2013.

Além disso, ao garantir e concretizar os direitos fundamentais, o STF estaria assegurando a cidadania, tendo, inclusive, legitimidade para exercer sua missão política, ainda que seus membros não tenham sido eleitos pelo povo¹³⁰.

A atuação ativista do STF seria uma necessidade institucional, uma vez que há omissão excessiva dos Poderes competentes no cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação constitucional, sobretudo pelo fato de que o Judiciário não pode adotar uma posição de passividade frente a comportamentos estatais ofensivos à Constituição¹³¹

Há, também, o entendimento de que o que legitima a atuação do Judiciário é o fato de que ele só age quando provocado por alguém que busca a efetividade de seu direito. Nesse sentido, Manuela Leitão afirma que:

“O judiciário não atua pró-ativamente ou de acordo com a sua discricionariedade, ex officio. Quem lhe dá o impulso inicial é o cidadão, que implora a efetividade do preceito constitucional para exercer o seu direito. Daí a legitimidade popular: a iniciativa é sempre do cidadão”.¹³²

Ou seja, a legitimidade do STF estaria no fato de que sua atuação depende de provocação do cidadão, de modo que não atua deliberadamente. Portanto, muito embora haja discussões e divergências acerca dos limites, certo é que a sociedade deve ter seus direitos fundamentais protegidos e disciplinados juridicamente, nem que seja somente na jurisprudência, ate que se criem as devidas leis regulamentadoras e inovadoras de acordo com a evolução da população.

É de suma importância a existência de limites à mutação constitucional, para que não haja um excesso na atuação da Suprema Corte, devendo sempre usar como parâmetro o próprio texto normativo¹³³. Observa-se,

¹³⁰ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. 139 p. – Série temas de interesse do Legislativo ; n. 24. p. 86

¹³¹ MELLO, Celso de Apud ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. 139 p. – Série temas de interesse do Legislativo ; n. 24

¹³² LEITÃO, Manuela Prado. Omissão Legislativa e o Poder Judiciário: um “Legislador positivo”? BDA: **Boletim de Direito Administrativo**. Vol. 25, n. 11, nov./2009. p. 1268

¹³³ MATOS, Daniel Ortiz. A Mutação Constitucional e a Tentativa de Abstrativização do Sistema Concreto de Controle de Constitucionalidade. **C&D Revista Eletrônica da Fainor**, Vitória da Conquista, v.3, n.1, p.108-117, jan./dez. 2010.

ainda, que o STF, ao realizar mutações constitucionais, principalmente de forma mais ativista, auxilia a modernização do Estado brasileiro, inclusive ao realizar uma judicialização das políticas públicas¹³⁴. Se for bem exercida, a jurisdição constitucional garante a democracia¹³⁵.

Todavia, devemos nos atentar ao fato de que a mutação constitucional de forma ativa deve ocorrer em casos excepcionais, devendo se limitar ao que for essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, nesse sentido, só terão legitimidade quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição¹³⁶.

3.2 Estudo de casos

Como já visto, as mutações constitucionais ocorrem no processo de interpretação feito pelo STF sobre a Constituição quando há uma alteração informal do texto. Diversas mutações ocorreram no sentido de atualizar a Carta Magna aos preceitos atuais da sociedade.

Exemplo de tema já tratado por mutação constitucional é o da discriminação contra homossexuais. O Judiciário passou a entender que a conduta se caracteriza como racismo, mesmo não se tratando de uma questão racial, pois, pelo entendimento de seu órgão máximo a verdadeira intenção do constituinte originário era proteger as pessoas pertencentes a minorias. Em 2009 a senadora Fátima Cleide (PT-RO) teve uma declaração publicada no portal eletrônico do STF, elogiando essa postura adotada pela justiça:

“Temos muitas dificuldades de avançar; são mais de 40 projetos de lei (sobre esse tema) no Congresso Nacional e infelizmente naquela Casa nós não conseguimos avançar, de forma que a jurisprudência tem nos mostrado que a Justiça sempre garante os direitos”¹³⁷

¹³⁴ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil**: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. 139 p. – Série temas de interesse do Legislativo ; n. 24. p. 88

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista [Syn]Thesis**. Rio de Janeiro. vol.5. n. 1. 2012.

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista [Syn]Thesis**. Rio de Janeiro. vol.5. n. 1. 2012.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. **Direitos dos homossexuais é tema de reunião com presidente do STF**. Brasília, 2009. Disponível em<

Sobre essa alteração de entendimento, em que se passou a considerar como racismo a discriminação contra homossexuais, não houve maiores divergências, pois, mesmo o homossexualismo não sendo apoiado por vários grupos sociais, é certo que não se pode discriminá-los, pois a constituição recrimina toda forma de preconceito e discriminação¹³⁸.

Todavia, já nos casos de aborto de anencéfalos e utilização de células tronco embrionárias na medicina há bastante divergência filosófica entre a população. Nesses dois temas há grupos favoráveis e contrários aos temas, na sua maioria grupos religiosos, sendo a mutação constitucional mais polêmica. Nos dois casos havia entendimentos racionais e, segundo seus defensores, completamente constitucionais de entendimentos prós e contras. Essas situações exigiam uma atuação do Legislativo, mas na inércia deste o Judiciário definiu ambos os casos¹³⁹. Nesse contexto fica mais claro o temor dos desfavoráveis a delegar tamanho poder a agentes de governo não eleitos diretamente pelo povo.

São diversas decisões atuais da Suprema Corte que tem sido possível verificar a realização de uma alteração informal do texto constitucional, mas, por ora, vejamos apenas algumas atuações que geraram discussão acerca do limite de sua atuação como julgador.

3.2.1 Reclamação nº 4335-5: a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo STF

O primeiro exemplo a ser visto de uma possível mutação constitucional é o da Reclamação nº 4335-5/AC. Trata-se de reclamação ainda em trâmite no STF, no qual se discute entre os ministros a possibilidade de alteração do entendimento do artigo 52, X, da Constituição Federal. Segundo esse dispositivo compete privativamente ao Senado Federal *“suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal*

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=105331>> Acesso em: 16 abr. 2013.

¹³⁸ BARROSO, Luis Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC, n. 17, jan./jun., p.105-138, 2011.: p.120

¹³⁹ Caso de aborto de anencéfalos: ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio. Caso da utilização de células tronco: ADI 3510, Relator: Carlos Ayres Brito.

Federal". Todavia, o voto do relator¹⁴⁰ é no sentido de que cabe ao Senado Federal apenas dar publicidade da suspensão da execução da norma e não a suspensão em si. Caso haja maioria seguindo o relator, restará configurado o instituto da mutação constitucional¹⁴¹.

A princípio, havendo uma declaração de inconstitucionalidade feita pelo STF com efeito *inter partes*, a norma continua tendo validade para os demais casos e só será excluída do ordenamento jurídico após o Senado Federal decidir pela sua suspensão, tornando a declaração com efeito *erga omnes*¹⁴².

Para Gilmar Mendes, a tradição seria a única justificativa capaz de explicar a competência do Senado para suspender a norma declarada inconstitucional¹⁴³. Acredita-se que isso acaba permitindo que os demais cidadãos, na mesma situação do caso concreto, fiquem expostos à norma declarada inconstitucional, como se a Constituição tivesse sido defendida apenas para uns, enquanto outros ficam desamparados¹⁴⁴. Assim, lei inconstitucional é norma nula e como tal, deveria ter efeito para todos e *ex-tunc*¹⁴⁵.

Por oportuno, transcreve-se trechos do voto do Relator da Reclamação, Ministro Gilmar Mendes:

"A suspensão da execução pelo Senado Federal do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal foi a forma definida pelo constituinte para emprestar eficácia erga omnes às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade.

[...]

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4335-5/AC**. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 21 ago. 06. DJ de 25.08.06.

¹⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. n. 162 abr.-jun./2004

¹⁴² LEITE, Glauco Salomão. A extensão da eficácia erga omnes e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo supremo tribunal federal: hipótese de mutação (in)constitucional. **Revista de Direito Público**. Vol. 1, n. 29, p. 95-112, Set-Out/2009. p. 96

¹⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. n. 162, p. 149-166, abr.-jun./2004. p.155

¹⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. n. 162, p. 149-166, abr.-jun./2004.

¹⁴⁵ TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. 1ª Ed. São Paulo; Celso Bastos/ IBDC, 1998.

atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?

[...]

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto”¹⁴⁶.

Ou seja, segundo o voto do Ministro, o STF apenas passou a entender que não poderia deixar de atribuir significado jurídico ao controle incidental e que o Tribunal acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. Sustenta que a introdução do controle abstrato na Constituição retirou o sentido e o significado da exigência do art. 52, X, da CF.

Por outro lado, diversos estudiosos¹⁴⁷ entendem pela invalidade dessa mutação, sob o argumento de que esse enunciado, pela sua literalidade, não permite tamanha elasticidade de interpretação, “a ponto de transferir para o STF uma competência que, desde a Constituição de 1934, pertence ao Senado Federal”¹⁴⁸.

Dar tamanho poder ao Supremo seria uma forma de torná-lo um poder constituinte permanente e ilegítimo¹⁴⁹. E que, excluir essa competência do

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4.335-5/AC**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Voto completo disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf> Visualizado em 13/03/2014.

¹⁴⁷ Por exemplo: Lênio Luiz Streck em A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista Argumenta**. v. 7, n 7, p. 45-68; Pedro Lenza em **O senado é um “mero menino de recado”?** disponível em< <http://pedrolenza.blogspot.com.br/2011/05/o-senado-federal-e-um-mero-menino-de.html>> Acesso em 19/03/2014; e Ministro Sepúlveda Pertence, que, inclusive, deu seu voto em sentido contrário ao do Relator da Reclamação em análise.

¹⁴⁸ LEITE, Glauco Salomão. A Extensão da Eficácia Erga Omnes e do Efeito Vinculante às Decisões de Inconstitucionalidade em Controle Difuso pelo Supremo Tribunal Federal: Hipótese de Mutação (In)Constitucional. **Revista de Direito Público**. Vol. 1, n. 29, p. 95-112, set.-out/2009. p. 110

¹⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista Argumenta**. v. 7, n 7, p. 45-68

Senado Federal o tornaria mero secretário de divulgação das decisões do STF e retiraria do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo¹⁵⁰.

Ao tratar dessa possibilidade de mutação, surgiu entre os doutrinadores o termo “abstrativização do controle concreto de constitucionalidade”¹⁵¹ (e variações), segundo o qual os efeitos das decisões provenientes do controle difuso passariam a ser *erga omnes* e vinculantes, tal qual ocorre com o sistema abstrato¹⁵². É o que essa mutação trará como consequência final.

Porém, de certa forma, o que leva a atuação ativista do STF é a descrença no Legislativo por parte da população¹⁵³, de modo que se transmite ao STF a expectativa de ver “o sistema” funcionar. De fato, não se mostra razoável que uma norma declarada inconstitucional permaneça tendo validade, apenas aguardando a suspensão da execução pelo Senado¹⁵⁴, sendo que este tem se mostrado quantitativa e qualitativamente incapaz de exercer essa prerrogativa de modo eficaz¹⁵⁵.

Por outro lado, deve-se ter o cuidado de não retirar a importância do controle difuso, segundo o qual o cidadão comum pode ter a prerrogativa de fiscalizar a Constituição, sendo um mecanismo democrático de acesso ao controle de constitucionalidade¹⁵⁶. O que se sugere, então, é a criação de mecanismos mais

¹⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista Argumenta**. v. 7, n 7, p. 45-68

¹⁵¹ Alguns autores que utilizam o termo e suas variações: DIDIER JR, Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**, 7ª ed., Bahia: Juspodvm, vol. 3, p. 343. TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 272.

¹⁵² MATOS, Daniel Ortiz. A Mutação Constitucional e a Tentativa de Abstrativização do Sistema Concreto de Controle de Constitucionalidade. **C&D Revista Eletrônica da Fainor**, Vitória da Conquista, v.3, n.1, p.108-117, jan./dez. 2010. p. 112.

¹⁵³ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil**: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. 139 p. – Série temas de interesse do Legislativo ; n. 24. p. 68.

¹⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. n. 162, p. 149-166. abr./jun./2004

¹⁵⁵ PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira; JEVEAUX, Geovany Cardoso. Suspensão, pelo Senado, de Leis Proclamadas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Depoimentos**, Vitória/ES, n. 10, p. 73-114, jan./dez. 2006. p. 110.

¹⁵⁶ TAVARES, André Ramos. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do Senado Federal. **Revista dos Tribunais**, n. 819, p. 45-64, jan. 2004 p. 51

eficazes que o do artigo 52, X, da CF, tendentes a conceder efeito *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade no controle difuso.

Elsa Pepino e Geovany Jevaux¹⁵⁷ sugerem o mecanismo usado em Portugal, onde o ordenamento prevê o seguinte: será dado efeito *erga omnes* ao controle concreto quando o Tribunal Constitucional houver declarado, por três vezes, a inconstitucionalidade da norma impugnada, seja no exercício de sua competência recursal, seja nos casos em que atua como tribunal de instância. Explicando melhor, havendo três casos concretos com o mesmo objeto e o Tribunal tendo decidido pela inconstitucionalidade do preceito normativo, pode a própria Corte provocar o reexame da questão constitucional, em sede de controle concentrado, podendo, assim, obter a eficácia *erga omnes* e os efeitos vinculantes, independente da atuação de outro órgão político¹⁵⁸.

De todo modo, o número de resoluções emitidas pelo Senado com o objetivo de suspender a execução da norma é tão reduzido e ocorre de forma tão tardia que perde sua relevância para o controle concreto de constitucionalidade¹⁵⁹, o que demonstra a inutilidade dessa atribuição do Senado.

É oportuno lembrar que o objetivo dessa mutação constitucional – se vier a ser realizada – é o de proporcionar também uma economia processual e uma segurança jurídica nas decisões¹⁶⁰. Nesses termos, segue a discussão doutrinária sobre o julgamento dessa Reclamação e sobre suas consequências para o mundo jurídico.

¹⁵⁷ PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira; JEVEAUX, Geovany Cardoso. Suspensão, pelo Senado, de Leis Proclamadas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Depoimentos**, Vitória/ES, n. 10, p. 73-114, jan./dez. 2006. p. 108

¹⁵⁸ PORTUGAL. Constituição da República Federativa de Portugal. Art. 281, n. 3: “O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos”.

¹⁵⁹ PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira; JEVEAUX, Geovany Cardoso. Suspensão, pelo Senado, de Leis Proclamadas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Depoimentos**, Vitória – ES, n. 10, p. 73-114, jan./dez. 2006. p. 110.

¹⁶⁰ PÓVOAS, Gabriela. O Acesso à Justiça e a Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade. **Communitas Revista de Direito**, Uberlândia, v. 3, n. 5, p. 96-114. ISSN 2179-5231. p. 112.

3.2.2 ADPF nº 132: União estável e as relações homoafetivas

Outro exemplo de alteração informal da constituição foi o proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132¹⁶¹, em que o STF passou a reconhecer que às uniões homoafetivas possuem o status de entidade familiar, estendendo a tais relações o mesmo regime de união estável entre homem e mulher previsto no art. 1.723 do Código Civil Brasileiro.

Vale ressaltar que seu julgamento se deu juntamente com a ADI nº 4.277/DF, vez que possuíam o mesmo objetivo – reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar.

Inexiste norma expressa que trate da liberdade de orientação sexual e das uniões homoafetivas¹⁶². Antes do julgamento da ADPF, as uniões entre pessoas do mesmo sexo não possuíam os mesmos direitos que uma união estável tradicional.

Aqui, a principal crítica à realização dessa mutação decorre do argumento de que não cabe ao STF criar algo que depende do Legislativo, qual seja a regulamentação das uniões homoafetivas¹⁶³.

Afirmam, ainda, que não é possível existir norma constitucional inconstitucional e, nesse sentido, se o artigo 226, §3º da CF determinou expressamente que a proteção do Estado se destina a união entre o homem e a mulher, não haveria que se falar em inconstitucionalidade do dispositivo por não incluir as relações do mesmo sexo¹⁶⁴.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132**. Relator: Min. Ayres Britto. Data de Julgamento: 05/05/2011.

¹⁶² BARROSO, Luis Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 17, jan./jun. 2011

¹⁶³ STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Normas Constitucionais Inconstitucionais. **Revista Consultor Jurídico (ConJur)**. Julh/2009. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario>> Acesso em: 24 mar. 2014

¹⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Normas Constitucionais Inconstitucionais. **Revista Consultor Jurídico (ConJur)**. Julh/2009. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario>> Acesso em: 24 mar. 2014

De fato, não se pode desviar do problema principal que aflige a democracia brasileira, qual seja a crise de representatividade e funcionalidade do Poder Legislativo¹⁶⁵, que constantemente tem se mostrado inerte na obrigação de regulamentar direitos ou criar normas adequadas a evolução social. Todavia, frente a sua inércia, o direito não pode ficar sem a devida aplicabilidade, além disso, não se pode deixar de julgar determinados casos por ausência de legislação.

Observa-se, assim, o que determina o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Certamente, estamos diante de uma mutação constitucional de grande importância e evolução para o ordenamento jurídico¹⁶⁶ e, apesar da tamanha relevância, não há uma quantidade significativa de críticos a ela. A maioria da doutrina¹⁶⁷ entende que se trata de mutação válida e tendente a garantir o princípio da igualdade, da dignidade humana, da liberdade e da segurança jurídica, de forma a proporcionar aos homossexuais os mesmos direitos estabelecidos para as demais relações¹⁶⁸.

Os defensores da atuação do STF nesse julgamento afirmam que os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade impõem às uniões homoafetivas o mesmo regime jurídico da união estável nas relações tradicionais¹⁶⁹.

¹⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista [Syn]Thesis**. Rio de Janeiro. vol.5. n. 1. 2012.

¹⁶⁶ COSTA, Túlio Régis Dos Santos. **O supremo tribunal federal e o reconhecimento da união estável homoafetiva: ativismo judicial ou mutação constitucional?** XIV Curso de Formação em Teoria Geral do Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. disponível em: <Http://Ojs.Idp.Edu.Br/Index.Php/Cadernovirtual/Article/View/846/573> Acesso em: 11 fev. 2014

¹⁶⁷ Por exemplo: Fernando Horta Tavares e Iara Antunes de Souza em Apontamentos para o Reconhecimento das Uniões Homossexuais face ao Paradigma do Estado Democrático de Direito, **Revista Direito GV** vol.6 n. 2 São Paulo Dez/2010; Luís Roberto Barroso em Diferentes, mas iguais: o Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC, n. 17, jan./jun. 2011: 105-138. Entre outros, como Maria Berenice Dias; Luiz Edson Fachin; Roger Raupp Rios; Paulo Luiz Netto Lôbo.

¹⁶⁸ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. União estável homoafetiva e a constitucionalidade de seu reconhecimento judicial. **Revista do Direito das Famílias e Sucessões**, n. 14, p. 66-88, 2010.

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC, n. 17, p.105-138, jan.-jun./2011. p.137

O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar não vai contra o dispositivo constitucional, ou seja, não se trata de afirmar que a norma constitucional é inconstitucional (como sugerido pela crítica), o que ocorreu foi apenas a mudança no entendimento do conceito de família¹⁷⁰.

Ademais, devemos lembrar que a interpretação teleológica deve prevalecer sobre a literalidade da norma, de forma que não é correto prender-se apenas ao que está expressamente determinado na norma¹⁷¹, ou seja, o fato de a constituição mencionar expressamente a possibilidade de união estável somente entre homem e mulher¹⁷² não significa que proibiu, terminantemente, entre pessoas do mesmo sexo.

Desse modo, essa mutação constitucional não causou qualquer rompimento com a Constituição ao reconhecer a união estável homoafetiva como entidade familiar, pelo contrário, a negação do regime jurídico da união estável aos casais homoafetivos é inconstitucional, pois contraria os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana¹⁷³.

3.2.3 Mandados de Injunção 712 e 670: o direito de greve dos servidores públicos

Outro exemplo em que se gerou debate acerca da atuação do STF foi o ocorrido nos Mandados de Injunção nº 712 e no nº 670¹⁷⁴. Eles referem-se ao direito de greve dos servidores públicos, nos quais o STF passou a adotar uma posição mais concretista e ativa, determinando que seja aplicada, no que couber, a lei de greve da iniciativa privada aos servidores públicos. Atitude diferente do que se

¹⁷⁰ COSTA, Túlio Régis Dos Santos. **O supremo tribunal federal e o reconhecimento da união estável homoafetiva: ativismo judicial ou mutação constitucional?** XIV Curso de Formação em Teoria Geral do Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. disponível em: <[Http://Ojs.Idp.Edu.Br/Index.Php/Cadernovirtual/Article/View/846/573](http://Ojs.Idp.Edu.Br/Index.Php/Cadernovirtual/Article/View/846/573)> Acesso em: 11 fev. 2014

¹⁷¹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. União estável homoafetiva e a constitucionalidade de seu reconhecimento judicial. **Revista do Direito das Famílias e Sucessões**, n. 14, p. 66-88, 2010.

¹⁷² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988): Art. 226, §3º: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹⁷³ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. União estável homoafetiva e a constitucionalidade de seu reconhecimento judicial. **Revista do Direito das Famílias e Sucessões**, n. 14, p. 66-88, 2010

¹⁷⁴ MI 670, Rel. Gilmar Mendes, impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo - SINDPOL; impetrado: Congresso Nacional. Julgamento em 25/10/2007. MI 712, Rel. Eros Grau. impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP; impetrado: Congresso Nacional. Julgamento em 25/10/2007.

fazia antes, em que apenas determinavam a regulamentação da norma. Confira trecho da ementa do julgamento do Mandado de Injunção 712:

MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. **APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. **ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.** [grifou-se]¹⁷⁵**

As principais discussões nessa mutação constitucional estão no fato de o Tribunal ter aplicado efeito erga omnes e concretista em sede de controle difuso (Mandado de Injunção)¹⁷⁶. Com isso, pode-se dizer que é mais um caso que nos mostra a tendência de abstrativização do sistema concreto.

De modo geral, as críticas a essa mutação giram em torno da alegação de que não se pode dar aos Mandados de Injunção os mesmos efeitos da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por omissão e sendo equivocada a argumentação de que o referido remédio constitucional se presta a regulamentar normas¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Ementa completa disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=712&classe=MI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>

¹⁷⁶ SÁ, Rodrigo Mendes de. O Mandado de Injunção e o Direito de Greve no Serviço Público: o papel do princípio da supremacia do interesse público na mudança da jurisprudência do STF. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, n. 7, p. 175-202, 2008

¹⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 450.

Ao receber Mandados de Injunção, o Supremo entendia que sua decisão não podia ir além de declarar a inconstitucionalidade por omissão, o que não obrigava o Congresso a agir de determinada forma, porém, o entendimento da Corte passou a ser no sentido de determinar as condutas a serem seguidas¹⁷⁸.

Ocorre que, após a inércia prolongada do Legislativo em regulamentar o direito constitucional de greve dos servidores públicos, o STF estabeleceu as balizas do referido direito, concretizando-o. Nesse sentido, Carlos Geraldo Teixeira afirma, ao comentar os referidos julgados, que:

“Consignou que a omissão faz emergir, em favor do beneficiário do comando constitucional, o direito de exigir uma atividade estatal devida pelo Poder Público, em ordem a evitar que abstenção voluntária do Estado frustre, a partir desse comportamento omissivo, a aplicabilidade e a efetividade ao direito que lhe foi reconhecido pelo próprio texto da Lei Fundamental. [...] A inexistência da Lei reclamada pela Constituição reflete, de forma veemente e concreta, a não observância, pelo Poder Legislativo – dentro do contexto temporal referido – do seu dever de editar o ato legislativo, com evidente desapeço pelo comando constitucional. Frustra-se, dessa maneira, a necessidade de regulamentar o texto da Lei Maior, o que demonstra a legitimidade do reconhecimento, por aquela Suprema Corte, da omissão congressional apontada”¹⁷⁹.

Assim, tem-se, na verdade, uma tentativa de concretizar o direito constitucional que depende de regulamentação por parte do Legislativo, que permanece inerte e omissor.

Tratando-se de direito fundamental de cunho social e tendo em vista a ausência de lei regulamentadora, o direito de greve dos servidores públicos pode ter como regulamento a Lei 7.783/89, até que sobrevenha norma própria. Ademais, a referida lei traz, também, disposições que atendem ao interesse da coletividade (e não apenas privado)¹⁸⁰.

¹⁷⁸ CRISTO, Maurício Cardoso apud ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil**: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. 139 p. – Série temas de interesse do Legislativo ; n. 24.

¹⁷⁹ TEIXEIRA, Carlos Geraldo. Mandado de Injunção: novas perspectivas diante da evolução do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 27, p. 33-49, 2010. p. 45/46.

¹⁸⁰ DAMIA, Fábria Lima de Brito. **O direito de greve dos servidores públicos**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1211291019174218181901.pdf>> Acesso em: 24 mar. 2014

Ainda que não haja lei específica que regule a greve dos servidores públicos, certo é que estes não podem ficar sem aplicabilidade de seu direito constitucionalmente previsto, sob pena de se admitir que o Legislativo, com sua omissão, possa paralisar a aplicabilidade da própria Constituição¹⁸¹.

Por fim, importante frisar que, ainda que se entenda ser correto o posicionamento do Supremo, o exercício do direito de greve pelos servidores públicos não pode ser absoluto, devendo-se respeitar um mínimo necessário para as chamadas atividades essenciais, para que a coletividade não seja prejudicada¹⁸².

3.3 Considerações finais

Como já mencionamos, inclusive no capítulo anterior, as discussões sobre os limites na atuação do STF giram em torno de uma possível violação à separação dos poderes. Fazendo uma relação dessa questão com os casos vistos aqui, podemos perceber que eles tornaram-se alvos de debates por se tratarem de mutações em que o STF supostamente teria agido como legislador, invadindo competência deste.

No primeiro caso, por exemplo, discute-se uma interferência indevida do Judiciário (STF) sobre o Legislativo (Senado), em que o STF alteraria o entendimento do art. 52, X, da CF e transferiria para si a competência do Senado de suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo¹⁸³.

Já no segundo e no terceiro caso, a questão da violação dos poderes decorre de uma possível atuação do STF como legislador positivo. No segundo caso não caberia ao Supremo regular como as uniões homoafetivas serão

¹⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 264

¹⁸² LIMA, Francisco Gérson Marques de; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Direito de greve do servidor público civil estatutário**: uma análise à luz dos direitos fundamentais e da jurisprudência do supremo tribunal federal. p. 2177-2198. p. 2196

¹⁸³ LEITE, Glauco Salomão. A extensão da eficácia erga omnes e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo supremo tribunal federal: hipótese de mutação (in)constitucional. **Revista de Direito Público**. p. 95-112. Vol. 1, n. 29, Set.-Out./2009. p. 110

tratadas¹⁸⁴. E no terceiro não caberia à Corte a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, sendo competência do Legislativo.

Sabemos que a autonomia dos poderes é relativa, uma vez que devem existir interferências de um poder sobre o outro de forma a garantir um sistema de freios e contrapesos¹⁸⁵. Mas a crítica afirma que se trata de uma excessiva interferência, de modo a tornar o Supremo um constituinte ilegítimo¹⁸⁶.

De fato, o STF deve respeitar os limites da mutação constitucional, sobretudo a própria norma constitucional, sob pena de arriscar uma invasão de competência legislativa. No entanto, ainda que atue de forma mais ativa, a atuação do STF não rompe por completo a teoria da separação dos poderes¹⁸⁷.

No primeiro caso, podemos perceber que o Supremo busca alterar o entendimento do art. 50, X, da CF em razão de não ser razoável que uma norma declarada inconstitucional permaneça tendo validade, apenas aguardando a suspensão da execução pelo Senado¹⁸⁸, quando este tem se mostrado constantemente ineficiente.

Já no segundo caso, o que se verifica é que o Supremo utilizou-se da analogia para alterar o entendimento do art. 226, §3º da CF e proporcionar às relações homoafetivas as mesmas prerrogativas de união estável de uma relação hetero. Ora, essa mutação constitucional garante a igualdade, a dignidade humana, a liberdade e a segurança jurídica, proporcionando aos “optantes” da relação

¹⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Normas Constitucionais Inconstitucionais. **Revista Consultor Jurídico (ConJur)**. Julh/2009. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario>> Acesso em: 24 mar. 2014

¹⁸⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 110

¹⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. A Nova Perspectiva Do Supremo Tribunal Federal Sobre O Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites Da Legitimidade Da Jurisdição Constitucional. **Revista Argumenta**. v. 7, n 7, p. 45-68

¹⁸⁷ ÁVILA, André Cambuy. O **ativismo judicial e a separação dos poderes em montesquieu**: uma releitura necessária no brasil. Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Escola de Direito. Disponível em: <www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/.../479> Acesso em: 20 mar. 2014

¹⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. p. 149-166. n. 162 abr./jun. 2004

homossexual os mesmo direitos estabelecidos para as demais relações¹⁸⁹ e tais direitos devem prevalecer sobre qualquer discussão acerca de uma extrapolação na atuação do STF, o que nem mesmo ocorreu, já que o Supremo agiu dentro de sua obrigação de julgar, não podendo se esquivar de emitir uma decisão, utilizando-se, como foi dito, a analogia para tal, o que é perfeitamente possível de acordo com o art. 4 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

No último caso, também não podemos concordar com a alegada invasão de competência de legislar e regulamentar o direito de greve dos servidores públicos. O Supremo apenas concretizou o direito já previsto na Constituição, não se mostrando razoável que o cidadão fique sem atendimento jurisdicional em razão da inércia legislativa em regulamentar tal direito. Aceitar essa situação é aceitar que o Legislativo, com sua omissão, possa paralisar a aplicabilidade da própria Constituição¹⁹⁰.

Em todo caso, podemos afirmar que o Judiciário, sobretudo o STF, é o guardião da Constituição e deve protegê-la, de forma a garantir os direitos fundamentais e os valores democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Claro que, nas situações que não envolvam direitos fundamentais e democracia, a Suprema Corte deve ter o cuidado de acatar as escolhas dos Legisladores, por serem representantes eleitos diretamente pelo povo. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção do real problema em que vivemos, qual seja, a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo¹⁹¹.

Todavia, a atuação mais ativa nas mutações constitucionais é medida que ainda se mostra necessária. Certamente, esse ativismo deve ser usado com cautela, pois deve-se priorizar a criação da norma pelo Legislativo e não pelo julgador. A partir do momento que a sociedade se mobilizar mais nas instâncias

¹⁸⁹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. União estável homoafetiva e a constitucionalidade de seu reconhecimento judicial. **Revista do Direito das Famílias e Sucessões**, n. 14, p. 66-88, 2010.

¹⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 264

¹⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista [Syn]Thesis**. Rio de Janeiro. vol.5. nº 1. 2012.

políticas e que o Legislativo se mostrar mais atuante, o Judiciário deixará de ter a necessidade de agir como legislador¹⁹².

Além da questão da separação dos poderes, vimos também, inclusive no capítulo anterior, que os limites de atuação do STF relacionam-se com o controle de constitucionalidade. Isso acontece em razão do fato de que, por meio dessa competência, que o Supremo realiza mutação constitucional, isso se verifica nos três casos aqui analisados. Além disso, os debates envolvidos nas análises desses casos envolvem também os efeitos de suas decisões.

Vimos, no capítulo anterior, que as ações de controle de constitucionalidade podem ser de controle abstrato ou de controle difuso, gerando efeitos diferentes, quais sejam efeitos *erga omnes* e efeitos *inter partes*, respectivamente. E, sobre esses efeitos é que se discute também a atuação do STF ao realizar mutação constitucional.

No primeiro caso, se chegar a ser realizada, essa mutação trará como consequência final a alteração dessa regra dos efeitos, uma vez que, tanto as declarações de inconstitucionalidade do controle concreto, quanto as do controle concentrado terão efeitos *erga omnes*, sob o fundamento de evitar que os demais cidadãos, na mesma situação do caso concreto, fiquem expostos à norma declarada inconstitucional, não fazendo sentido que a Constituição seja defendida apenas para uns¹⁹³.

No segundo caso, não há discussão acerca da extensão dos efeitos da decisão, já que se trata do julgamento de uma ADPF e como tal, já possui efeitos *erga omnes* por se tratar de controle de constitucionalidade abstrato.

No terceiro e último caso, a discussão também decorre do fato de o STF ter aplicado efeito *erga omnes* e concretista em sede de controle difuso (Mandado de Injunção), de modo que o referido remédio constitucional não se

¹⁹² ÁVILA, André Cambuy. **O ativismo judicial e a separação dos poderes em montesquieu**: uma releitura necessária no Brasil. Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Escola de Direito. Disponível em: <www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/.../479> Acesso em: 20 mar. 2014

¹⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. p. 149-166. n. 162 abr./jun. 2004.

prestaria à regulamentar normas. Todavia, a atuação concretista do Supremo só ocorreu em razão da inércia prolongada do Legislativo em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, tendo apenas dado a devida aplicabilidade do direito constitucional, enquanto o legislador não o regulamenta, o que se mostra perfeitamente razoável.

Em todos os casos aqui analisados, a atuação do STF encontra respaldo na Constituição, de modo que a Corte busca apenas a proteção e a garantia de direitos do cidadão, o que, como já dito, não significa que sempre deverá atuar de modo concretista, apenas quando se tratar de proporcionar direitos e garantias fundamentais.

Assim, pode-se concluir que, com a evolução das funções do STF, os julgadores da Corte têm assumido tanto a tarefa de garantir a supremacia constitucional quanto a de proteger os direitos dos cidadãos, o que “lhes conferiu a prerrogativa de tanto anular atos de Estado como solucionar lides entre os envolvidos. Com isso, os magistrados asseguram a cidadania por meio da concretização dos direitos fundamentais”¹⁹⁴.

¹⁹⁴ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil**: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. 139 p. – Série temas de interesse do Legislativo ; n. 24. p. 86

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por finalidade expor as ideias de diversos autores e juristas acerca dos limites à realização da mutação constitucional pelo STF.

Tendo em vista que o Supremo tem realizado diversas mutações constitucionais de relevância, o tema tem se tornado cada vez mais frequente entre os estudiosos do assunto.

O que se tem visto é que muitas questões importantes são levadas ao Supremo para que este analise e decida sobre assuntos que são moral ou politicamente relevantes.

Certamente, devem existir limites à atuação do STF ao realizar mutações constitucionais para que não se viole o caráter rígido da Constituição. A própria norma constitucional é limite primordial que deve ser respeitado pela Corte. Assim, não se desconhece a importância de existirem limites, o que se discute no trabalho é quais seriam esses limites, uma vez que há posicionamentos contrários e outros favoráveis a uma atuação mais concretista por parte do Supremo.

O que podemos perceber é que essa atuação, ainda que de forma mais ativista, não rompe com o princípio da separação dos poderes. Não há uma invasão da Corte na competência do Legislativo, o que existe é uma necessidade de suprir as inércias e omissões legislativas, uma vez que não se mostra razoável deixar de dar exequibilidade a determinado direito do cidadão por conta de ausência de norma.

Não se desconhece que essa atuação de forma mais ativista deve ser adotada em casos excepcionais, não fazendo disso uma regra e sim, uma exceção. Ou seja, nas situações que não envolvam direitos fundamentais e democracia, a Suprema Corte deve ter o cuidado de acatar as escolhas dos Legisladores.

E não se pode desviar o foco do real problema que leva o STF a realizar tantas mutações constitucionais, qual seja a crise de representatividade,

legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo, em que este tem se mostrado excessivamente inerte e omissor em regulamentar direitos e criar normas que rejam as novas situações sociais, decorrentes da evolução da sociedade.

Todavia, até que esse problema não se resolva, a sociedade deve ter seus anseios atuais protegidos juridicamente e disciplinados, nem que seja somente na jurisprudência, enquanto não se criam as novas leis regulamentadoras e inovadoras de acordo com a evolução da população.

O Supremo é o guardião da Constituição e deve protegê-la, de forma a garantir os direitos fundamentais e os valores democráticos, ainda que as vezes seja necessário adotar um posicionamento concretista ao realizar mutações constitucionais.

Desse modo, conclui-se que assiste razão a corrente que apoia a realização de mutações constitucionais, ainda que de modo mais concretista, sobretudo quando envolve a concessão de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Roberto. O STF como agente de instabilidade jurídica. **Revista Carta Capital**. Publicado em 17/12/2013. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/o-stf-como-agente-de-instabilidade-juridica-8032.html>> Acesso em: 27 mar. 2014;

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. 139 p. – Série temas de interesse do Legislativo; n. 24.

ARAÚJO, Anarda Pinheiro; SAMPAIO, Jéssyca Figueiredo. O fenômeno da modificação informal da Constituição: a mutação por interpretação Constitucional. **Revista Controle**. Vol. X, n. 2, Ceará, jul./dez. 2012

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007;

ÁVILA, André Cambuy. **O ativismo judicial e a separação dos poderes em montesquieu: uma releitura necessária no brasil**. Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Escola de Direito. Disponível em: <www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/.../479> Acesso em: 20 mar. 2014

BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. revista e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

BARROSO, Luis Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 17, jan./jun. 2011

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista [Syn]Thesis**. Rio de Janeiro, vol.5, n. 1, 2012

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006

BONAVIDES, Paulo. O direito constitucional e o momento político. **Revista de Informação Legislativa**, ano 21, n. 81, p. 217-230, jan./mar. 1984

BRITO, Ricardo; COLETTA, Ricardo Dela; ÁLVARES, Débora. **Briga entre Poderes esquentada e Renan contesta 'invasão' do STF no Legislativo**. Jornal Estadão. Publicado em 26/04/2013. Disponibilizado em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,briga-entrepoderes-esquentada-e-renan-contesta-invasao-do-stf-no-legislativo,1025622,0.htm>> Acesso em: 27/03/2014

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011. Ementa Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>> Acesso em: 25 out. 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2675/PE**. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ 16/05/2007. PP 00026

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 132**. Relator: Min. Ayres Britto. Data de Julgamento: 05/05/2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 32033**. Impetrado por: Senador Rodrigo Sobral Rollemberg. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data: 24/04/2013. DJe-079 DIVULG 26/04/2013 PUBLIC 29/04/2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 721/DF**. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 30.08.07. DJ de 30.11.07

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4335-5/AC** Relator: Ministro Gilmar Mendes.

BULOS, Uadi Lâmega. **Mutação Constitucional**. São Paulo. Saraiva, 1997

COELHO, Inocêncio Mártires. O Novo Constitucionalismo e a Interpretação Constitucional. **Revista de Direito Público**. Doutrina Brasileira. n. 12, abr.-Jun./2006

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra. Livraria Almedina, 1998

CAPPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais, in **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, Saraiva, n. 3, vol. 2, jan./jun.1961

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CASADO, José. Um século para votar os 30 mil projetos em tramitação. **O Globo**. Blog do Noblat. Dia: 15/05/2011. Disponível em:
<<http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2011/05/15/um-seculo-para-votar-os-30-mil-projetos-em-tramitacao-380137.asp>> Acesso em: 20 fev. 2014

CASTRO, Marcus Faro de. Violência, medo e confiança: do governo misto à separação dos poderes. **Revista Forense**. Vol. 382, n. 101, nov.-dez./2005

CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000

COSTA, Túlio Régis Dos Santos. **O supremo tribunal federal e o reconhecimento da união estável homoafetiva: ativismo judicial ou mutação constitucional?** XIV Curso de Formação em Teoria Geral do Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Disponível em:
<[Http://Ojs.Idp.Edu.Br/Index.Php/Cadernovirtual/Article/View/846/573](http://Ojs.Idp.Edu.Br/Index.Php/Cadernovirtual/Article/View/846/573)> Acesso em: 11 fev.2014

CRITSINELIS, Marcos Falcão. **Políticas Públicas e Normas Jurídicas**. Rio de Janeiro. 2003. Editora: América Jurídica.

DAMIA, Fábila Lima de Brito. **O direito de greve dos servidores públicos**. Disponível em:
<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1211291019174218181901.pdf>> Acesso em: 24 mar. 2014

FREITAS, Candice Hellen Sousa de; SILVA, João Batista de França. O controle jurisdicional da omissão inconstitucional – a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. **Revista Direito e Liberdade**, Mossoró, v. 3, n. 2, set 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Atuação do STF no controle de constitucionalidade das leis**. Disponível em
<[http://www.lfg.com.br\(http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1067575/atuacao-do-stf-no-controle-de-constitucionalidade-das-leis\)](http://www.lfg.com.br(http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1067575/atuacao-do-stf-no-controle-de-constitucionalidade-das-leis))>. Acesso em: 28 out. 201

GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**, n. 17, nov. 2001

JESUS, Noel Antonio Tavares de. O Processo de Concretização Constitucional: limites e possibilidades. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 13, n. 50, ano 13, jan.-mar./2005

LEITÃO, Manuela Prado. Omissão Legislativa e o Poder Judiciário: um “Legislador positivo”? BDA: **Boletim de Direito Administrativo**. Vol. 25, n. 11, nov./2009.

LEITE, Glauco Salomão. A extensão da eficácia erga omnes e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo supremo tribunal federal: hipótese de mutação (in)constitucional. **Revista de Direito Público**. Vol. 1, n. 29, Set-Out/2009

LENZA, Pedro. **O senado é um “mero menino de recado”?** disponível em< <http://pedrolenza.blogspot.com.br/2011/05/o-senado-federal-e-um-mero-menino-de.html>> Acesso em 19/03/2014

LIMA, Iara Menezes. LANÇA, João André Alves. **Contribuições da metódica estruturante para os Limites da mutação constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Editora FUNJAB. Florianópolis 2012

LIMA, Francisco Gérson Marques de; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Direito de greve do servidor público civil estatutário**: uma análise à luz dos direitos fundamentais e da jurisprudência do supremo tribunal federal. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/francisco_gerson_marques_de_lima.pdf> Acesso em: fev. 2013

LOCKE, Jonh. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Abril Cultural

LOURENÇO JUNIOR, Artur De Almeida. **Mutação constitucional como realização de defesa da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Trabalho de conclusão de curso – Escola de Direito Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro/ 2011

MATOS, Daniel Ortiz. A Mutação Constitucional e a Tentativa de Abstrativização do Sistema Concreto de Controle de Constitucionalidade. **C&D Revista Eletrônica da Fainor**, Vitória da Conquista, v.3, n.1, jan./dez. 2010

MATTOS, Marcela. **Mendes: se PEC for aprovada, é melhor fechar o STF**. Revista Veja. Editora Abril. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/politica/justica/mendes-se-pec-foraprovada-e-melhor-fechar-o-stf/>> Acesso em: 11 out. 2013

MENAGED, Marcelo. O Fenômeno e as Formas de Controle de Constitucionalidade das Leis. Curso de Controle de Constitucionalidade. Controle de constitucionalidade: fundamentos teóricos e jurisprudenciais segundo magistrados do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: **Revista da EMERJ**, 2011

MENDES, Cristiano Feitosa. **Ensaio acerca da extensão dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade no supremo tribunal federal**. Disponível em: <www.jfrn.gov.br/docs/doutrina166.doc>.

MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restrito ou limitativo no direito brasileiro. Salvador, **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 3, jan.-mar/2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>> Acesso em: 19 fev. 2014

MENDES, Gilmar Ferreira. O Controle da Constitucionalidade no Brasil. **Revista da Procuradoria-Geral da República**. São Paulo. n. 9, jul./dez.1996

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 41, n. 162, abr./jun. 2004

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2008

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005

MELO, Carlos Antonio de Almeida. A arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o horizonte interpretativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, 2001

MONTESQUIEU. Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003

MORAES, Alexandre de. Legitimidade da justiça constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 40 n. 159 jul./set. 2003

PEDRA, Adriano Sant'Ana. As Mutações Constitucionais e o Limite Imposto Pelo Texto Da Constituição: uma análise da experiência latino-americana. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, jul./dez. 2010

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Mutação Constitucional e Teoria da Concretização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 74, ano 19, jan.-mar./2011.

PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira; JEVEAUX, Geovany Cardoso. Suspensão, pelo Senado, de Leis Proclamadas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Depoimentos**, Vitória/ES, n. 10, jan./dez. 2006

PETRACIOLI, Rafael da Silveira. Ativismo judicial, democracia e Direito Eleitoral. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 14, n. 2281, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13579>>. Acesso em: 10 set. 2013

PINTO, Tácito Lívio Maranhão. STF: "...Precipuamente a Guarda da Constituição...". **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 16 – jul./dez. 2010

PÓVOAS, Gabriela. O Acesso á Justiça e a Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade. **Communitas Revista de Direito**, Uberlândia, v. 3, n. 5, ISSN 2179-5231.

RAMOS, Elival da Silva Ramos. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. Saraiva, 2010

RAPOPORT, Danielle. Controle Incidental de Constitucionalidade. Curso de Controle de Constitucionalidade - Controle de constitucionalidade: fundamentos teóricos e jurisprudenciais segundo magistrados do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: **Revista da EMERJ**, 2011

RICCITELLI, Antônio. **Direito Constitucional**: teoria do Estado e da Constituição. 4. ed. Barueri, SP. Editora Manole, 2007

RODOVALHO, Alessandra Tomaz. Epistemologia e evolução do sistema jurídico brasileiro. **Communitas Revista de Direito**, Uberlândia, v. 3, n. 5, 2012.

SÁ, Rodrigo Mendes de. O Mandado de Injunção e o Direito de Greve no Serviço Público: o papel do princípio da supremacia do interesse público na mudança da jurisprudência do STF. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, n. 7, 2008

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. Editora Malheiros. 2005.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. Revista dos Tribunais, 3. ed. São Paulo. 1998.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida; LANGERHORST, Victor Vendramini. Eficácia concretista das decisões do STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. **Revista de Direito Brasileira**, v. 2, n. 1, 2013

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**. n. 250, Rio de Janeiro, 2009.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2004

SOARES. João Batista Berthier Leite. Intérpretes da Constituição. **Revista da EMERJ**, v.5, n.17, 2002

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Revista Argumenta**, v. 7, n. 7.

STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais. In: **Direitos Fundamentais Sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Normas Constitucionais Inconstitucionais. **Revista Consultor Jurídico (ConJur)**. Julh/2009. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario>> Acesso em: 24 mar. 2014

TAVARES, André Ramos. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do Senado Federal. **Revista dos Tribunais**, n. 819, jan. 2004

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo; Celso Bastos- IBDC, 1998

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária

TEIXEIRA, Carlos Geraldo. Mandado de Injunção: novas perspectivas diante da evolução do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 27, 2010

TERRIN, Kátia A. Pastori. Implicações filosóficas da Teoria contemporânea do direito: uma análise da aproximação entre teoria e filosofia do direito com vistas a construção do Estado democrático. **Revista de Direito Público**, Londrina, Vol. 4, n. 3, set./dez. 2009.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. União estável homoafetiva e a constitucionalidade de seu reconhecimento judicial. **Revista do Direito das Famílias e Sucessões**, n. 14, 2010